

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

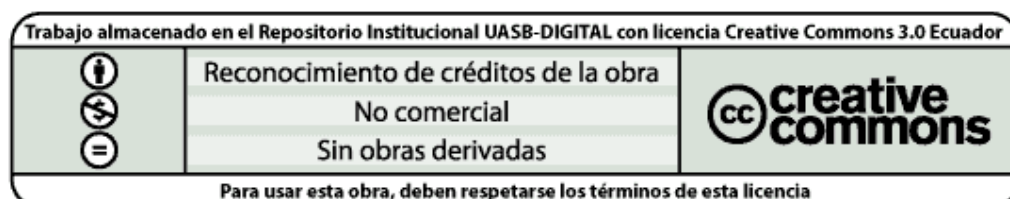
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**Análisis del uso de los procedimientos internacionales de
contratación pública y su afectación al derecho de
competencia**

Alexandra Gabriela Sierra García

Quito, 2016



CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS/MONOGRAFÍA

Yo, Alexandra Gabriela Sierra García, autor/a de la tesis intitulada *Análisis del uso de los procedimientos internacionales de contratación pública y su afectación al derecho de competencia*, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho de la Contratación Pública en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, 05 de septiembre de 2016

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Contratación Pública

**ANÁLISIS DEL USO DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE
CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO DE
COMPETENCIA**

Alexandra Gabriela Sierra García

Tutor: Dr. Jorge Luis González

Quito, 2016

Resumen

La regulación normativa para las compras públicas por parte de las entidades estatales, busca cumplir con parámetros que permitan el mayor grado de competencia y concurrencia en los procedimientos precontractuales realizados por las mismas; sin embargo, las contrataciones extraterritoriales, al escapar del ámbito normativo local, pueden llevar a posibles afectaciones al Derecho de competencia si se realizan de forma arbitraria. Si bien la compra pública se caracteriza por la dinamización de la economía nacional, representando el 8% del PIB ecuatoriano, las limitaciones en la participación de agentes nacionales en aras de la realización de procedimientos internacionales, además de afectar a la competencia, puede tener consecuencias económicas.

El presente trabajo pretende analizar los ámbitos del Derecho de competencia que se ven afectados en el momento de realizar contrataciones internacionales por parte de entes públicos, el mismo que se encuentra enfocado en la interacción existente entre mencionado derecho y las compras públicas. De esta manera se busca identificar la naturaleza jurídica de los contratos internacionales y la delimitación de los usos incorrectos y anticompetitivos de los procedimientos internacionales, de tal manera que se puedan prevenir las prácticas de competencia desleal y minimizar las afectaciones a la economía nacional. El análisis de la normativa internacional y nacional *antitrust*, y las políticas públicas de preferencia a contratación nacional, así como el enfoque económico del derecho serán las herramientas que permitan cumplir con los objetivos mencionados.

Sin duda alguna, el uso incorrecto de procedimientos internacionales de contratación pública, y las prácticas anticompetitivas, conlleva grandes afectaciones a la producción nacional, dejando de lado la política constitucional de priorización de productos y servicios ecuatorianos, por lo que se hace necesario el fortalecimiento del producto nacional y el cambio de la matriz productiva que se puede lograr a través del intercambio de *know-how* y transferencia de tecnología como componentes de estos contratos internacionales.

Palabras clave: competencia; producción nacional; economías de escala; compra pública.

Tabla de Contenido

Introducción	7
ANÁLISIS DEL USO DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO DE COMPETENCIA	8
CAPÍTULO 1	8
EL DERECHO DE COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	8
1.1 Derecho de competencia: concepto, alcance y normativa aplicable	8
1.2 El Derecho de Competencia en las legislaciones internacionales y su influencia en la normativa ecuatoriana: análisis de la normativa de Estados Unidos, de la Región Andina y Chile	14
1.3 Bien jurídico protegido por el derecho de competencia y sus tipos de afectaciones	20
1.3.1 Prácticas concertadas o acuerdos colusorios	22
1.3.2 Abuso de poder de mercado	24
1.2.3 Dumping.....	28
1.2.4 Monopolios y oligopolios	30
1.2.5 Barreras de entrada.....	31
1.4 El Estado como actor de mercado a través de la contratación pública.....	34
1.5 Relación entre el Derecho de competencia y la contratación pública	40
CAPÍTULO 2	46
LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREFERENCIA DE PRODUCCIÓN NACIONAL Y LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE CONTRATACION PÚBLICA	46
2.1 Las políticas públicas de preferencia a la producción nacional en la normativa ecuatoriana de contratación pública.	46
2.1.1 La competencia funcional y las políticas públicas de preferencia de producción nacional en la contratación pública.	52
2.2 Régimen de contratación para proveedores extranjeros establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y normativa aplicable	55

2.2.1 Excepcionalidad en contrataciones internacionales: análisis del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública....	56
---	----

CAPÍTULO 3	64
-------------------------	-----------

AFECCIONES AL DERECHO DE COMPETENCIA CON EL USO DE PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA	64
--	-----------

3.1 Condiciones normativas para el uso de los procedimientos extraterritoriales de contratación pública: limitaciones a la competencia.	64
--	----

3.2 Tipos de afectaciones al derecho de competencia en la realización de procedimientos internacionales de contratación pública	70
---	----

3.3 Prevención de prácticas anticompetitivas y del uso incorrecto de procedimientos internacionales de contratación pública.....	77
--	----

Conclusiones.....	84
-------------------	----

Recomendaciones	87
-----------------------	----

Bibliografía	89
--------------------	----

Introducción

El artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador dispone que para la realización de compras públicas se priorizará la contratación de productos y servicios nacionales, en concordancia con los principios de concurrencia, igualdad y oportunidad en la contratación pública establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. El principio de concurrencia mencionado tiene relación directa con las normas de competencia leal establecidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, por lo que la interacción entre ambas ramas es innegable.

A pesar de lo mencionado, el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sobre la aplicación de la extraterritorialidad, menciona que las contrataciones de bienes y servicios que se realicen internacionalmente no se registrarán por la normativa nacional, bajo ciertos parámetros establecidos en el mencionado artículo. En este sentido, se abre la posibilidad de un alto grado de arbitrariedad por parte de los funcionarios públicos al realizar este tipo de contrataciones, lo que podría implicar limitaciones en el desarrollo de la economía nacional.

La identificación de la naturaleza jurídica y el carácter excepcional de los contratos internacionales, así como la delimitación de las prácticas anticompetitivas como el *dumping*, acuerdos colusorios, monopolios y las barreras de entrada dentro de la realización de los procedimientos internacionales de contratación pública, pueden ser la base para la realización correcta de este tipo de procedimientos. Para ello se requiere de la aplicación de normativa internacional de protección a la libertad de competencia como parte de los usos y costumbres en el comercio internacional, y la determinación clara de los bienes y servicios producidos en el Ecuador, de tal forma que el cambio de la matriz productiva, establecido como una política de Estado a través del Plan Nacional de Desarrollo, pueda ser aplicado correctamente.

ANÁLISIS DEL USO DE LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU AFECTACIÓN AL DERECHO DE COMPETENCIA

CAPÍTULO 1 EL DERECHO DE COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.1 Derecho de competencia: concepto, alcance y normativa aplicable

Las prácticas realizadas por los distintos actores del mercado, a lo largo de la historia, han generado la creación de normas que permiten su regulación, y que a la vez establecen las reglas de mercado. La libertad entre proveedores para ofrecer y entre compradores para demandar un determinado producto o servicio, así como las actuaciones de los mismos dentro de uno o varios mercados, ha generado la creación del Derecho de Competencia. Si bien no existe una definición clara sobre lo que es el Derecho de competencia, la libertad de competencia o defensa de la competencia, se han hecho numerosos intentos para establecer su significado, en este sentido, “[...] *la defensa de la competencia puede definirse como una clase de regulación indirecta cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí.*”¹

Para poder entender en mejor medida al Derecho de competencia, es necesario, en un primer lugar, hacer un acercamiento a lo que es la competencia. Así, el Diccionario Jurídico de Cabanellas determina a la competencia como “*Contienda, disputa. / Oposición, rivalidad; sobre todo en el comercio y la industria. / Atribución, potestad, incumbencia. / Idoneidad, aptitud. [...] DESLEAL. Abusiva práctica del comercio por quien trata de desviar, en provecho propio, la clientela de otra persona, establecimiento comercial o industrial, empleando para conseguirlo equívocos, fortuitas coincidencias de nombre, falsas alarmas o cualquier medio de propaganda deshonesto.* (V. COMPETENCIA ILÍCITA) / ILÍCITA. Ejercicio abusivo del comercio o

¹Germán Coloma, *Defensa de la Competencia*, (Argentina: Editorial Ciudad de Argentina, 2003), 13.

*de la industria manteniendo la rivalidad profesional con medios reprochables, con infracción de leyes y reglamentos o de contratos.”*²

Entrando al ámbito de la economía, Juan Manuel Mercant menciona que la competencia “[...] *consiste en la actuación simultánea de una pluralidad de agentes en el mismo mercado, ocupados en vender, comprar, etc., los mismos bienes o servicios*”³

De esta manera se pueden diferenciar determinados elementos que, según el autor, pueden ser parte integrante de la definición de libre competencia, tales como la pluralidad de sujetos económicos, la actividad que estos desarrollan simultáneamente y la oferta o demanda de productos o servicios similares en un mismo mercado.

Se puede entender entonces que la libertad de competencia, o la defensa de la competencia se encuentran estrechamente ligadas con la interacción entre proveedores de bienes o servicio y quienes los demandan, siendo estos pertenecientes a un mismo mercado, y la lucha que existe entre ellos por conquistar dicho mercado, obteniendo la mayor cantidad de beneficios posible.

De esta manera:

El Derecho de la Libre Competencia está íntimamente relacionado con el desarrollo de la economía de mercado. El Derecho de la libre competencia surge de la imperiosa necesidad de proporcionar al Estado normas que le permitan controlar los excesos de los ofertantes en materia producción, así como reprimir y castigar dichos excesos, sentando las bases para un buen funcionamiento de la concurrencia en el mercado.⁴

Ahora bien, el ámbito que abarca el Derecho de Libre Competencia se establece especialmente sobre tres aristas: i) la competencia desleal; ii) la defensa del consumidor; y, iii) la libre competencia. En este sentido, y bajo estos tres elementos se pueden determinar las reglas y las normas que se encargarán de delimitar el actuar de los agentes de mercado, interrelacionando las áreas del derecho y la economía. Si bien la protección de la libre competencia se encuentra enmarcada en el ámbito jurídico, su base siempre será económica, pues las acciones económicas realizadas por los agentes

²Diccionario Jurídico Cabanellas, <<https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas/-c>>, consulta: 08 de junio de 2016.

³Juan Manuel Mercant, “Conceptos claves para analizar las normas de defensa de la competencia”, (Uruguay: Boletín Latinoamericano de Competencia, 2005), 60.

⁴Flint Blanck Pinkas, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 23.

de mercado son las que generan las regulaciones normativas en base a las consecuencias jurídicas que de ellas emana.

En cuanto a la competencia desleal, ésta podría entenderse como las prácticas realizadas por los agentes de mercado que son atentatorias a la libertad de competencia, que buscan falsear mercados o que pretenden distorsionarlos, de tal manera que puedan obtenerse beneficios que permitan acaparar la producción de determinado bien o prestación de cierto servicio. Son las actuaciones deshonestas que pueden realizar los fabricantes o vendedores para apoderarse de los mercados y eliminar competidores, prácticas que no se encuentran reguladas o que están prohibidas por la ley.

Lo orígenes de la competencia desleal se remontan a Francia en 1852, cuando el Tribunal de París falla respecto a la libertad de concurrencia o competencia no justificada que dista de las buenas costumbres y buena fe mercantiles; no obstante, se concibe a la ley Alemana de 07 de junio de 1909 como la primera ley de competencia desleal. En todo caso, las normas sobre competencia desleal lo que buscan es la protección del cliente en cuanto a la existencia de posibles desmedros patrimoniales, debido a la búsqueda de beneficios propios de los empresarios basada en actos ilícitos que impiden la concurrencia de un determinado mercado.

Referente a la defensa del consumidor, se entiende ésta como el marco regulatorio que busca la protección de los derechos de aquellas personas, sean naturales o jurídicas, en la adquisición de bienes o prestación de servicios. De esta manera, se resguarda el derecho de los consumidores a obtener bienes y servicios de calidad y que realmente puedan satisfacer sus necesidades, impidiendo que los oferentes, en busca de conseguir beneficios propios, vulneren dichos derechos. La defensa del consumidor, además de un marco normativo, supone un cambio en la cultura y de ideología de la sociedad, de tal manera que sean los mismos consumidores los que reclamen a los oferentes la calidad y libertad de escoger cuanto producto o servicio requieran.

Así, el derecho de libertad de competencia busca la protección de la libertad de empresa imponiendo reglas a los actores de mercado para que dicha libertad no altere o vulnere derechos de terceros. El objetivo principal del derecho de competencia es:

[...] asegurar la vigencia de una competencia suficiente, y una vez que esta existe procurar su perdurabilidad, eliminando de acuerdo con la ley interferencias o ataques a

la misma, o sancionando actos anticompetencia que afecten al interés general, pues la competencia auténtica favorece dentro del mercado a los usuarios y consumidores.⁵

En cuanto a la regulación de la libertad de competencia, ésta se ve inspirada en situaciones económicas desarrolladas en los distintos países en las que éstas busquen aplicarse. Así, la normativa se encarga de determinar, limitar y prohibir toda actuación que se considere que pueda restringir o distorsionar a la competencia, tomando en consideración los principios del mercado y el comportamiento del mismo.

En relación al concepto económico, se puede hablar de mercados perfectos e imperfectos, siendo los primeros aquellos en los que se encuentran condiciones de equilibrio que permiten un adecuado desenvolvimiento de quienes lo conforman, de tal manera que existe información plena y compartida, y simetría en el poder de negociación puesto a la existencia de igual número de oferentes y demandantes; el mercado imperfecto, por otro lado, implican que la competencia dentro de un sistema de economía no es total, pues se introducen monopolios u oligopolios, que de cierta forma lo desequilibran, la ecuación de igual número de oferentes y demandantes se rompe.

En el ámbito jurídico, el derecho de competencia intenta “[...] *normar la estructura de mercado más conveniente a la libre competencia y hecho esto sancionará a aquellos agentes económicos que actúan en forma anticompetitiva y que enfrentan la normatividad protectora del mercado competitivo que se persigue.*”⁶ Es decir, se le atribuye un valor disciplinario, a través del fomento de determinados valores morales y lineamientos de conducta que de forma obligatoria deben ser obedecidos por quienes conforman el mercado.

Menciona Guillermo Cabanellas que “*Los actos de limitar, restringir o distorsionar la competencia requieren, para su aplicación en casos concretos, saber cómo será aquella cuando no existan tales limitaciones, restricciones o distorsiones.*”⁷,

⁵Víctor Cevallos Vásquez, *Libre competencia derecho de consumo y contratos*, (Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2001), 24.

⁶Flint Blanck Pinkas, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 24.

⁷Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y la defensa de la competencia Tomo 1*, (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 33.

cuestiones que la economía por sí sola no puede resolver, de tal manera que debe basarse en las ciencias sociales, como la sociología, que permitan dilucidar dichas interrogantes. Si el fin del Derecho de competencia es la protección del consumidor y la libre concurrencia en el mercado de ciertos bienes o servicios, se requiere la determinación a futuro de cómo funcionarán dichos mercados cuando se alcance tal supuesto.

Para entender a fondo cómo funciona el derecho de competencia, Pinkas Flint Blanck, en su libro Tratado de Defensa de la Libre Competencia, ha establecido tres modelos fundamentales de regulación, a saber: paleoliberal, profesional y social. El primero, el modelo paleoliberal, se basa en la libertad de comercio y empresa, con poca o nula intervención estatal y que permite a todos los actores de mercado la realización de actividades sin que medie regulación alguna. En el modelo profesional, la actuación del Estado es más bien neutral, debido a que éste no interfiere pero incentiva la actuación de los empresarios profesionales. Dentro de este modelo se pretende que exista una ley general, dejando de lado la normativa fraccionada que caracteriza al modelo anterior. En tercer lugar, el modelo social propone la protección de la colectividad y del bienestar a través de la intervención estatal en contra de la competencia desleal.

Es así que los diferentes Estados, al establecer los lineamientos sobre los cuales se regularan, adoptan alguno de los modelos descritos en el párrafo que precede, en un intento de establecer la manera en la que se desenvuelve el mercado y por lo tanto la forma en la que se regulará la competencia en él. Mientras más rígida sea la intervención estatal, más se inclinará por el modelo social, mientras que si nos encontramos ante un Estado liberal, la tendencia será hacia el modelo paleoliberal.

Independientemente del modelo que se adopte, y a pesar de los esfuerzos por equilibrar las relaciones entre los agentes de mercado dentro de los distintos Estados, el derecho de la libre competencia ha tenido varias críticas a nivel mundial. *“El proceso de globalización, con la consiguiente apertura de mercados cada vez más amplios, ha suscitado un debate sobre la necesidad del replanteamiento o revisión de las políticas*

antitrust tradicionales.”⁸Adicionalmente, se ha establecido que aquello que pretende proteger el derecho de libre competencia, es decir el funcionamiento eficiente de los mercados, se ha visto afectado por la misma normativa, pues existe una repotenciación del poder privado sobre el interés común, e incluso se menciona que ha frenado el crecimiento de las economías nacionales, impidiendo el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas sobre el bienestar de las grandes corporaciones, quienes seguramente tienen mayores ventajas competitivas al amparo de la normativa *antitrust*.

Sin embargo de lo mencionado, el derecho de libre competencia es hoy uno de los mecanismos más usados a nivel mundial para intentar equilibrar las relaciones de mercado y propender a la transparencia y las buenas prácticas de sus agentes. Dicho lo cual, es imperioso considerar que en los países desarrollados la normativa de protección de la competencia ha tenido mayor éxito que en los países en vías de desarrollo. Menciona Guillermo Cabanellas que en los países en vías de desarrollo las prácticas anticompetitivas se convierten en acciones comunes, de forma tal que el ordenamiento jurídico que quiera frenarlas podría causar inconvenientes a las economías nacionales⁹.

Determina el autor citado en líneas anteriores que existen tres elementos que impiden el desenvolvimiento de las prácticas competitivas de los países en vías de desarrollo, siendo estas: a) El número limitado de productores en mercados reducidos; b) La escasez de capital que impide el ingreso de nuevos productores a los mercados que experimentan falta de competencia; y, c) Los aspectos institucionales, como políticas de Estado, que impiden la concurrencia de oferta extranjera. Las limitaciones mencionadas anteriormente sirven como base para la determinación de los elementos que deben formar parte de la normativa sobre Derecho de competencia, de tal manera que su implementación y ejecución puedan considerarse como exitosas dentro de un país que se encuentre en vías de desarrollo.

Así, se debe tomar en consideración como un primer elemento para el desarrollo normativo al concepto de Derecho de competencia, que en base al análisis realizado previamente se entiende como la regulación y control de las prácticas de mercado realizadas entre sus distintos agentes, que tiene como principal objetivo la protección de

⁸Carmen Herrero Suarez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*, (Madrid: La Ley, 2006), 42.

⁹ *Ibíd.*

la competencia leal entre ellos de tal manera que se puede llegar a mantener el equilibrio económico y el eficiente desenvolvimiento del mercado.

1.2 El Derecho de Competencia en las legislaciones internacionales y su influencia en la normativa ecuatoriana: análisis de la normativa de Estados Unidos, de la Región Andina y Chile

Si bien los países desarrollados poseen ya una cultura de protección de la libertad de competencia, se han visto intentos de normar dichos actos en países de la Región Andina, cuyo objetivo es la regulación en la interacción de los agentes de mercado y la inserción de una cultura de competencia leal en ellos. De esta manera, se debe considerar que el Derecho de Competencia o *antitrust* que ha servido como base para el desenvolvimiento de la normativa mundial, es aquel desarrollado en Estados Unidos; y un claro ejemplo de su aplicación en la legislación de Latinoamérica se ha visto en Chile, por lo que es imperiosa la mención de ambas legislaciones y búsqueda de protección del Derecho de Libre Competencia en ellas de tal manera que se pueda identificar el procedimiento de inserción de dicha normativa en el Ecuador y la influencia que éstas ha tenido en la legislación nacional, identificando los elementos y el espíritu de la norma en esta materia.

Se considera que *“La sana competencia (la competencia leal o justa) es un elemento fundamental de todo sistema económico de mercado, especialmente por los efectos perjudiciales que ciertas prácticas restrictivas de la misma pueden tener [...]”*¹⁰; empero, no existe a nivel internacional normativa conjunta que pueda aplicarse de manera uniforme al respecto de la libre competencia, ni mucho menos un organismo encargado de velar por el cumplimiento de las disposiciones *antitrust*, salvo algún tipo de normativa que ha intentado implementar la Organización Mundial de Comercio, o la OCDE en relación a ciertas prácticas desleales.

A pesar de lo mencionado, existen numerosos intentos a nivel nacional y regional en cuanto a la restricción de las prácticas anticompetitivas o la regulación de la libertad de competencia, siempre en base a instituciones creadas previamente, que

¹⁰Emilio Nouel, *Nuevos temas de derecho internacional. Ensayos sobre los nuevos principios y conceptos que rigen las relaciones internacionales*, (Caracas: Editorial CEC, 2006), 190

buscan anclarse a las realidades de cada Estado, de tal forma que la intervención estatal logre de alguna manera equilibrar el mercado.

En este punto, es necesaria la aclaración de la importancia que tiene el derecho de competencia a nivel internacional, así por ejemplo:

En Europa, el principio de libre concurrencia es uno de los pilares del mercado común y se encuentra consagrado desde el tratado de Roma, en el cual se buscaba '[...] g) un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado interior', instrumento que fue seguido de múltiples documentos que garantizan la libre concurrencia, como el libro blanco, el libro verde, y las directivas sobre contratación pública.¹¹

A nivel mundial, uno de los sistemas más representativos en materia de libre competencia es el sistema estadounidense, a través del denominado derecho *antitrust*.

En 1890 se publica el Sherman Act, que prohíbe los acuerdos o conspiraciones entre empresas restrictivos del comercio y en su sección 2, los monopolios y los intentos de monopolización de los mercados. A esta primera norma seguirán otras que irán dotando de cuerpo el sistema legislativo estadounidense de protección de la libre competencia.¹²

Así, surgen una serie de documentos e instituciones de gran importancia que delimitan el actuar en cuanto a esta rama del Derecho, como el Clayton Act y la Federal Trade Commission. El primer documento declara como ilegales ciertas prácticas de las empresas; y la segunda, la Comisión Federal de Comercio, es la encargada de establecer las sanciones por las prácticas restrictivas de la competencia.

Adicionalmente, encontramos el Robinson Patman Act de 1936 sobre discriminación en la venta de artículos que tienen la misma calidad, y en 1950 el Celler Kefauver Act, que trata el control que deben tener las operaciones de concentración entre las empresas.

A lo largo de la historia de Estados Unidos, la filosofía económica a seguir siempre ha sido la de libertad de mercado; no obstante, la concentración del poder de mercado en grandes empresas causó el disgusto de la población norteamericana, impulsando así la normativa *antitrust*. Durante la Revolución Industrial, surgen nuevos

¹¹Carlos Guillermo Castro y otros, *La contratación estatal: Teoría General. Perspectiva comparada y regulación internacional*, (Bogotá: Universidad del Rosario, 2010), 130.

¹²Carmen Herrero Suarez, *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*, (Madrid: La Ley, 2006), 50.

modelos empresariales y corporativos, los mismos que utilizan mecanismos de control de mercado, de tal manera que la acumulación de poder y de capital se centra en pocas manos. Así, *“En primer lugar surgen los pools o cartels, que con la finalidad de evitar competencia ruinosa suponen acuerdos de colaboración entre competidores a fin de establecer cuotas de producción o de fijar los precios de los bienes o servicios.”*¹³

La falta de reconocimiento legal y estatal de este tipo de acuerdos, lleva a los empresarios a crear nuevas maneras de asociación, así surgen los trust, una forma de agrupación que permitía evadir normas estatales de forma más abierta, y que suponía el control sobre materias primas y el mercado. Los trust funcionan a través de la creación de fideicomisos establecidos por los accionistas de las grandes empresas, ejerciendo así un control unificado sobre firmas nominalmente independientes. De esta forma surge un evidente desequilibrio en el reparto de la riqueza, y crecimiento de monopolios que generaron el descontento de la población, haciéndose necesaria la intervención estatal para controlar este tipo de prácticas, de tal manera que surge normativa que busca la eliminación de estas prácticas restrictivas y atentatorias a la libertad de competencia. Así, debido a la gran influencia de Estados Unidos en la población mundial, es como el derecho *antitrust* se consolida como uno de los más fuertes a nivel global.

Ahora bien, acercándonos un poco más a la realidad latinoamericana, regionalmente se suscribió la Decisión de la Comunidad Andina de Naciones No. 608, como un intento de controlar en la Región todas aquellas prácticas restrictivas de la libre competencia. Como antecedentes a dicha norma, se encuentran la Decisión No. 45 de “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión” de 1971, que tuvo como principal objetivo el de regular las prácticas anticompetitivas. Aproximadamente una década después, se expide la Decisión No. 230 que contiene las “Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión. Sustitución de la Decisión 45”, y que pretende solucionar las falencias que se habían evidenciado sobre la aplicación de su antecesora. Posteriormente, en 1991, se proclama la Decisión No. 285, que contenía normativa más específica sobre el derecho de competencia.

¹³Ibíd., 80.

Con todos esos antecedentes nace la Decisión No. 608 que prohíbe y sanciona las conductas restrictivas de la libre competencia que afectan a la Subregión, sean las realizadas en el territorio de uno o más de los Países Miembros, o en el territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina, y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros. En cuanto a Ecuador y Bolivia, se expidió la Decisión 616, que tenía como principal objetivo hacer aplicable dentro de la normativa interna de dichos países, las regulaciones de derecho de libre competencia establecidas por la CAN, siendo éstos los únicos países que no contaban con normativa al respecto.

En cuanto a Chile la primera Ley de defensa de la competencia, la Ley 13.305, es expedida en 1959, la misma que se creó bajo el gobierno de Jorge Alessandri, siendo propuesta por la misión norteamericana Klein – Saks, y que por ello tuvo sus bases en el Sherman Act estadounidense, como una respuesta a la política de precios libres establecida en ese país en 1957.

Se definió en Chile que la ley antimonopolios no era suficiente para acabar con los monopolios naturales que habían surgido en base a la realidad económica que atravesaba ese país en la década de los 50, es por ello que se requería de la intervención de mayor competencia extranjera. Así, *“A partir de 1973 se implementaron una serie de reformas institucionales, entre ellas, una política comercial que contenía la eliminación de las restricciones arancelaria [...] En dicho momento histórico se aprobó una nueva ley de defensa de la competencia, el Decreto Ley 211 de 1973, que resguardo en su contenido en la conocida normativa antitrust estadounidense.”*¹⁴

Empero, no es hasta el 2003 que se establece la normativa que produjo cambios estructurales en cuanto a la libertad de competencia, a través de la reformada Ley 19.911 que crea el Tribunal de la Defensa de la Libre Competencia. Igualmente, se eliminan las sanciones penales y establecen sanciones comerciales, tales como la extinción de la empresa o la imposición de multas. En el 2005 se expide el Decreto con fuerza de ley No. 01, donde se enmarcan todas las disposiciones en materia de libertad de competencia; y, en el 2009 se realiza la última modificación de la ley 20.361, donde se crea la institución de la “delación compensada”.

¹⁴Centro de Libre Competencia de Chile, “El Derecho de la Competencia en Chile”, <http://www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/chile.pdf>, Consulta: 26 de diciembre de 2015.

La delación compensada o amnistía ofrece el perdón de las sanciones a las firmas que confiesen su participación en un cartel y aportan pruebas contundentes que permitan condenar al resto de las firmas que lo conforman. La gran cantidad de carteles descubiertos gracias a la aplicación de estos programas ha causado impacto respecto a lo extendido de esta práctica en innumerables mercados, en los cuales no existía indicio alguno de que operaran bajo colusión.¹⁵

Esta figura se originó en Estados Unidos en 1993, obteniendo grandes resultados en la eliminación de las prácticas atentatorias a la libertad de competencia. *“En términos de multas, los montos totales pagados por las firmas subieron de 23 millones de dólares en 1993 a 1.100 millones de dólares en 1999.”*¹⁶, lo que demuestra que esta institución ha tenido éxito en la lucha contra las prácticas restrictivas de la libertad de competencia.

Aterrizando en materia de libertad de competencia a nivel nacional, el Ecuador se encontró durante mucho tiempo sin una normativa expresa que regule la libertad de competencia, más bien, se establecieron distintas normas dispersas a lo largo del ordenamiento jurídico, como en la Ley de Propiedad Intelectual o la Ley de Mercado de Valores, así como en documentos normativos de origen internacional, que no suponían un real control o protección a este derecho.

Durante el 2005, a través de la expedición de la Decisión No. 616, y como un intento de establecer lineamientos sobre la materia, la Comisión de la Comunidad Andina de Naciones resuelve la implementación y aplicación de las disposiciones contenidas en la ya mencionada Decisión No. 608 para el Ecuador, la misma que busca la aplicabilidad en el ordenamiento jurídico interno de la normativa emitida por dicho organismo en cuanto a libertad de competencia. Igualmente, por medio del Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009, el Presidente de la República del Ecuador emitió los lineamientos que permitan la ejecución de las disposiciones contenidas en las Decisiones antes mencionadas, designando al Ministerio de Industrias y Productividad como autoridad encargada de la aplicación de las normas, y a la Subsecretaría de

¹⁵ Aldo González, “Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles”, *Revista en Foco*, No. 100 (2007), 1.

¹⁶ *Ibíd.*, 2.

Competencia como organismo de investigación, y cuya vigencia se encontraría sujeta a la publicación de una Ley que regule la competencia económica.

Es así que la Asamblea Nacional, en base a lo establecido en los artículos 304, 334, 335 y 336 de la Constitución de la República del Ecuador, y en busca de promover el desenvolvimiento justo del mercado, evitando prácticas de competencia desleal así como todo tipo de distorsiones que puedan afectar el funcionamiento de los mercados, expidió la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, publicada en el Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011, cuyo artículo 1 determina como su objetivo el de:

[...] evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operaciones económicas con poder de mercado; prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

La ley establece una serie de medidas y de prácticas que son consideradas como prohibidas en materia de competencia de mercados, las mismas que serán sancionadas en caso de no ser acogidas por los distintos agentes que los conforman, determinando así los lineamientos que se deberán seguir y creando por primera vez normativa clara que permita la protección eficaz de este derecho.

En este sentido, el Ecuador ha creado, a través de la ley mencionada en párrafos anteriores, a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, perteneciente a la Función de Transparencia y Control Social, cuya facultad, según el artículo 37 de la norma *ut supra*, es la de:

[...] asegurar la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentar la competencia; la prevención, investigación, conocimiento, corrección, sanción y eliminación del abuso de poder de mercado, de los acuerdos y prácticas restrictivas, de las conductas desleales contrarias al régimen previsto en esta Ley; y el control, la autorización, y de ser el caso la sanción de la concentración económica.

Por medio de la precitada norma se permite el establecimiento de las sanciones reconocidas por ley para aquellos actores de mercado que busquen restringir o falsear la

libertad de competencia, siendo esta Superintendencia la encargada a nivel nacional de controlar el cumplimiento de las políticas públicas en cuanto a la libre competencia, así como de la investigación y sustanciación de los casos suscitados en el país al respecto, incluidos aquellos que puedan establecerse en el ámbito de la contratación pública.

De esta manera, el Estado ha creado una serie de reglas que permitan a los actores de mercado desenvolverse en torno a los lineamientos permitidos. Se entiende entonces que el Estado ha tenido gran inferencia dentro de las economías privadas, cuyo objetivo, a través de la intervención de los organismos estatales creados para el efecto, es el de defender el sistema de competencia, que, como menciona Javier Viciano Pastor, puede realizarse de forma directa a través de la intervención productiva, o de forma indirecta por medio de la intervención normativa. De esta forma se busca “[...] garantizar, frente a los abusos en el ejercicio de la libertad cometidos por los particulares, la supervivencia de un sistema de economía de mercado orientado al interés público.”¹⁷, encontrándose el Ecuador ante un modelo social de regulación de la competencia.

1.3 Bien jurídico protegido por el derecho de competencia y sus tipos de afectaciones

Una vez que se ha establecido y delimitado al derecho de competencia, es necesario señalar qué afectaciones existen para éste, determinado de esta manera cómo se puede restringir la libertad de competencia y las prácticas consideradas desleales que tienden a falsearla o distorsionarla. Así, son consideradas afectaciones, en materia de competencia, todo acto u omisión realizada por uno o varios proveedores de bienes y servicios, dentro de un determinado mercado, que produce algún tipo de daño o efecto negativo en la competencia. Estas afectaciones producen cambios en la competencia leal, alteran la concurrencia y son considerados como actos ilegales atentatorios a los ordenamientos jurídicos.

Como un primer acercamiento, es importante considerar el bien jurídico afectado debido a la competencia desleal. El bien jurídico se entiende como el derecho o bien, sea material o inmaterial, que protege el ordenamiento jurídico y cuya

¹⁷Javier Viciano Pastor, *Libre competencia e intervención pública*, (Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995), 26.

afectación acarrea sanciones legales. Si bien este concepto tiene mayor fuerza en el derecho penal, es innegable que las otras ramas del derecho busquen la protección de ciertos bienes jurídicos en los ámbitos en las que ellas se desenvuelven. Existen, alrededor de este concepto, varias teorías que intentan explicarlo, especialmente tres, a saber:

[...] perspectiva realista (mediante la identificación con una determinada expectativa del titular del bien), ficcionalista (atribuyendo un interés a la colectividad o al individuo, sin verificar si en realidad están interesados) o metafísica (identificando el bien con derechos innatos de los individuos o de la colectividad, independientes de las prescripciones positivas)¹⁸

De esta manera, se han realizado intentos a nivel doctrinario para poder establecer el alcance del bien jurídico. Así, ocasionalmente el bien jurídico es identificado con el ordenamiento jurídico, por lo que las afectaciones a éste suponen la vulneración de aquél. Por otro lado, suele identificarse al bien jurídico con el interés o el derecho subjetivo, en donde alguna actuación u omisión que pueda alterarlo será entendida como antijurídica, de esta manera surge la fórmula denominada por Nino que indica que *“una conducta lesiona un bien jurídico cuando esa conducta es antijurídica.”*¹⁹

En este caso, el bien jurídico protegido por el derecho de competencia es la libertad, más concretamente, la libertad de los participantes en el proceso económico²⁰. La libertad es un concepto difícil de definir y de delimitar, pues en algún punto se entenderá que casi toda conducta ilegal o ilegítima puede llegar a vulnerarla. En general esta vulneración supone la obligatoriedad de realizar algo o el impedimento de hacer algo que no se encuentra prohibido y en contra de la voluntad de esa persona, que para la materia analizada, supone el impedimento a ciertos proveedores de bienes o servicios de hacer uso de su libertad de ofertar en un determinado mercado.

¹⁸Carlos Santiago Nino, *Consideraciones sobre dogmática jurídica con referencia a la dogmática penal*, (México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984), 68.

¹⁹ *Ibíd.*, 69

²⁰Flint Blanck Pinkas, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 23.

En cuanto a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, como se ha establecido previamente, tiene como objetivo la sanción, prevención y control de las prácticas restrictivas de la competencia, fortaleciendo la idea de que se busca la protección de la libertad de los agentes de mercado en sus actuaciones, así como la creación de mercados que se rijan por el principio de comercio justo.

Por otro lado, y ahora que se ha establecido a la libertad como derecho fundamental de la competencia, se pueden delimitar las conductas antijurídicas que pueden llegar a distorsionarla; así, se encuentra el abuso de poder de mercado, los pactos colusorios o prácticas concertadas, dumping o fijación de precios predatorios, monopolios y oligopolios, barreras de entrada, entre otros. De esta manera, es importante determinar lo que cada una de esas prácticas significa, así como su alcance.

1.3.1 Prácticas concertadas o acuerdos colusorios

Las prácticas concertadas o pactos colusorios se refieren a aquellos acuerdos que realizan varios oferentes de bienes o servicios dentro de un mercado con la finalidad de no competir entre ellos e incrementar sus beneficios en conjunto, los mismos que se realizan a través de aumento de precios o falta de participación. Por lo tanto, y según establece Helmut Brokelmann, *“la práctica concertada es una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellos”*.²¹

En un inicio, se pensaba que estas prácticas requerían de un acuerdo expreso; sin embargo, se ha comprobado que dichos pactos no necesitan expresarse, pues basta con que se cumpla la acción u omisión que se realiza en conjunto por parte de los ofertantes. Como uno de los elementos indispensables para la determinación de la existencia de acuerdos colusorios, se encuentra la colaboración o cooperación entre las empresas que los realizan. Si los actores de mercado han determinado de forma independiente su actuar dentro del mercado al cual pertenecen, así como las políticas que seguirán para mantenerse en él, no puede hablarse de prácticas concertadas. *“Todo ello fue generando*

²¹Helmut Brokelmann, *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas*, en Los acuerdos horizontales entre empresas, Fundación Rafael del Pino (Marcial Pons, 2009) 88.

la creación del concepto de 'paralelismo consciente' que se define como aquellas prácticas que, sin estar concertadas, son aplicadas por los participantes del mercado en la misma forma y en el mismo tiempo."²², las mismas que pueden permitirse en caso de encontrar una motivación comercial.

De esta manera, se encuentran por un lado los acuerdos colusorios, cuya finalidad siempre será la distorsión de la competencia, encontrándose su cometimiento prohibido por la normativa, y por otro lado el paralelismo consciente, que podría o no afectar a la libertad de competencia, situación de la cual dependerá su prohibición. Si bien el paralelismo consciente no necesariamente implica la existencia de prácticas concertadas, puede considerarse la base de las mismas, si en ese caso se establece que las actuaciones o las condiciones de mercado son distintas a las normales. En base a ello, los organismos de control encargados de sancionar las prácticas que se consideren atentatorias a la competencia, deberán analizar si los acuerdos se motivan en conductas de normal desenvolvimiento en un mercado o si, por lo contrario, buscan falsear la competencia.

De los acuerdos concertados surgen la clasificación entre acuerdos verticales y acuerdos horizontales. El primero se refiere a los acuerdos a los que llegan dos o más empresas que se encuentran en distintos niveles del proceso de producción, mientras que en el segundo las empresas se encuentran en la misma etapa. Según Cabanellas, existen acuerdos concertados horizontales cuando se realizan pactos "*entre empresas que operan en igual nivel productivo y en el mismo mercado*"²³. Son consideradas prácticas concertadas horizontales: limitación de producción, reparto de mercado, acuerdos de producción conjunta, fijación de precios, compra conjunta, entre otros. Por otro lado, los acuerdos colusorios verticales suponen que dos empresas o actores económicos de un mercado que forman parte de distintos niveles de producción buscan falsear la competencia. Así, pueden ser prácticas concertadas verticales: fijación vertical de precios, limitación de ventas, reparto de territorio.

²²Juan Manuel Mercant, "Conceptos claves para analizar las normas de defensa de la competencia", (Uruguay: Boletín Latinoamericano de Competencia, 2005), 64.

²³Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Derecho antimonopólico y la defensa de la competencia Tomo 1*, (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 271.

En cuanto a las definiciones establecidas en la legislación nacional, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece en su artículo 11 que:

Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, y en general todos los actos o conductas realizados por dos o más operadores económicos, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, cuyo objeto o efecto sea o pueda ser impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o el bienestar general.

De la misma manera, la ley *ibídem* en el artículo citado, señala una serie de conductas que pueden considerarse como prácticas restrictivas, y establece que éstas serán consideradas como nulas en el caso de que no se enmarquen en las exenciones previstas por mencionado cuerpo legal. Algunas de las prácticas consideradas como acuerdos prohibidos son: discriminación de precios, reparto concertado de clientes o proveedores, la venta condicionada o atada, fijación injustificada de precios de reventa, levantamiento de barreras de entrada o de salida, entre otros.

1.3.2 Abuso de poder de mercado

Otro de los mecanismos utilizados por los actores de mercado en cuanto a la distorsión de la competencia es el abuso de poder de mercado. En un primer momento, es importante establecer que el poder de mercado es la posición que tiene un determinado actor económico que le permite establecer e influenciar sobre los precios del bien o servicio ofertado. Para Coloma, el poder de mercado se refiere a “[...] *la capacidad que la misma (empresa) tiene de influir sobre los precios de un mercado. Dicho poder de mercado puede aparecer tanto del lado de la oferta como de la demanda, es decir, una empresa puede tener poder de mercado como vendedora y/o como compradora de un bien o servicio.*”²⁴

Una de las características más relevantes en relación al poder de mercado es la determinación de que frente a la empresa considerada como la más fuerte, se encuentra

²⁴Germán Coloma, *Defensa de la Competencia*, (Argentina: Editorial Ciudad de Argentina, 2003), 32.

una o varias empresas o actores de mercado que se consideran dependientes, y que no tienen alternativa suficiente, por lo que la falta de alternativas para poder obtener un producto o servicio por parte de otros actores de mercado o la posibilidad de considerar otros canales de producción sin que ello implique un riesgo para la empresa, son situaciones indispensables para determinar el poder de mercado.

Antes de establecer qué es el abuso de poder de mercado es necesario definir lo que es un mercado relevante, pues si éste no se establece muy difícilmente se podrá determinar si un actor económico tienen poder en el mercado, y mucho más complicado se hará establecer si existe abuso del mismo. El mercado relevante es considerado como los productos o servicios que son determinados como importantes dentro de un área geográfica específica y que rivalizan entre sí para cumplir con la satisfacción de necesidades de los consumidores. De esta manera, el mercado relevante:

[...] viene a ser la definición de con qué otros proveedores o compradores, según sea el caso, compite de manera efectiva la denunciada. Si la empresa denunciada está sujeta a competencia efectiva con otros agentes económicos ubicados dentro de la zona geográfica que se determine como relevante o con otros posibles productos sustitutos, entonces no podrá sostenerse que goza de posición de dominio.²⁵

El mercado relevante o mercado de referencia se encuentra estrechamente ligado con los sustitutos que se encuentren del bien o servicio. En este sentido, si un producto o servicio encuentra la posibilidad de ser sustituido por los consumidores o productores, no se puede establecer que dicho actor de mercado posee una posición dominante, pues:

[...] el mercado del producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio, o el uso que se prevea hacer de ellos. Este análisis debe hacerse desde el punto de vista de los agentes económicos que constituyen la demanda de dichos productos (consumidores). Así, debe definirse si las galletas son sustitutos del pan o el agua mineral de las demás bebidas gaseosas.²⁶

La sustitución del bien o del servicio, como se ha analizado, es un elemento primordial para determinar al mercado relevante. En este sentido, el Tribunal Colegiado

²⁵Flint Blanck Pinkas, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 963.

²⁶Ibid.

en Materia Administrativa del Primer Circuito de México determina que el mercado relevante es aquel que “[...] se comprende de todos los productos que son razonablemente intercambiables o sustituibles, según los fines para los que fueron hechos, considerando las características de precio, uso y calidad. [...] el ‘mercado relevante’ es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares [...]”.²⁷

Adicionalmente, el Tribunal señala la existencia de cuatro condiciones básicas para definir al mercado relevante, a saber: 1. La sustituibilidad de un bien o servicio; 2. Los costos de distribución; 3. La posibilidad de obtener el bien en otro mercado; 4. Las restricciones legales o normativas de acceso a dicho bien o mercado a través de otras fuentes.²⁸ De esta manera, se puede determinar en qué condiciones una empresa o un actor económico posee poder dentro de un determinado mercado.

En cuanto a la legislación ecuatoriana, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, establece en su artículo 5 lo que se entiende por mercado relevante, y señala:

A efecto de aplicar esta Ley la Superintendencia de Control del Poder de Mercado determinará para cada caso el mercado relevante. Para ello, considerará, al menos, el mercado del producto o servicio, el mercado geográfico y las características relevantes de los grupos específicos de vendedores y compradores que participan en dicho mercado.

El mercado del producto o servicio comprende, al menos, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; los costos de la sustitución; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

El mercado geográfico comprende el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado evaluará, entre otros factores, los costos de transporte, las modalidades de venta y las barreras al comercio existentes.

La determinación del mercado relevante considerará las características particulares de los vendedores y compradores que participan en dicho mercado. Los competidores de

²⁷168609. I.4o.A. J/75. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, octubre de 2008, 2225.

²⁸Ibíd.

un mercado relevante deberán ser equiparables, para lo cual se considerará las características de la superficie de venta, el conjunto de bienes que se oferta, el tipo de intermediación y la diferenciación con otros canales de distribución o venta del mismo producto.

Una vez establecido el mercado relevante, se debe considerar lo que significa tener poder en el mercado. La Ley previamente citada, en el artículo 7 establece que el poder de mercado es:

Es la capacidad de los operadores económicos para influir significativamente en el mercado. Dicha capacidad se puede alcanzar de manera individual o colectiva. Tienen poder de mercado u ostentan posición de dominio los operadores económicos que, por cualquier medio, sean capaces de actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes, proveedores, consumidores, usuarios, distribuidores u otros sujetos que participen en el mercado.

La obtención o el reforzamiento del poder de mercado no atentan contra la competencia, la eficiencia económica o el bienestar general. Sin embargo, el obtener o reforzar el poder de mercado, de manera que impida, restrinja, falsee o distorsione la competencia, atente contra la eficiencia económica o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios, constituirá una conducta sujeta a control, regulación y, de ser el caso, a las sanciones establecidas en esta Ley.

El abuso de poder de mercado, es considerado una práctica atentatoria a la libertad de competencia, a través de la cual la empresa que la posee determina las condiciones en las que se desenvolverán los mercados relevantes; así, el abuso de poder de mercado:

[...] es una práctica comercial considerada normalmente como anticompetitiva en la cual se involucra una firma dominante con el objeto de mantener o incrementar su posición en el mercado. Dada tal definición, bastaría observar el nivel de competencia que muestra la industria y en caso de observar niveles de concentración altos, condenar a la firma resultante. Sin embargo, tal situación no resulta condenable por sí misma: una firma puede alcanzar una posición de dominio en mercado a partir de métodos perfectamente legítimos [...]. Esto nos lleva a observar que lo condenable no es la posición/participación en el mercado que detenta una empresa, sino el abuso que de dicha posición realiza la misma.²⁹

²⁹Naciones Unidas, *Defensa de la competencia en Latinoamérica: aplicación sobre conductas y estrategias* (Buenos Aires: CEPAL, 2005), 12.

De esta manera, se establece que el poder de mercado no siempre debe considerarse como una práctica desleal o atentatoria a la competencia, sino que su abuso puede ocasionar que se restrinja la libertad de concurrencia, infringiendo al bien jurídico protegido por el derecho de competencia. Las legislaciones regionales y mundiales han buscado la restricción de este tipo de prácticas. El artículo 9 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado determina que existe abuso de poder de mercado cuando “[...] uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.”

1.2.3 Dumping

El dumping, o precios predatorios, se refiere a aquella práctica realizada por los actores de mercado a través de la cual se establecen precios menores al costo de producción de los bienes, de tal manera que los competidores sean eliminados del mercado. De la misma manera, esta práctica se refiere a la aplicación de precios distintos para un mismo producto en diferentes mercados, consistiéndose en una práctica discriminatoria de comercio.

El dumping puede darse tanto en el ámbito nacional como en el ámbito internacional, y en él se involucran varios actores como el exportador o proveedor extranjero, el Estado al que ese pertenece, el productor nacional y los consumidores. En este contexto, el productor nacional se ve afectado directamente por el sujeto activo, es decir el proveedor extranjero. El importador toma un papel importante cuando se encuentra vinculado al proveedor extranjero, pues muchas veces pueden llegar a confundirse. El importador será quien traiga el producto del extranjero, prefiriéndolo sobre el producto nacional y afectando a la economía interna.

En cuanto a la competencia desleal internacional, el dumping, conjuntamente con las subvenciones, pueden considerarse prácticas atentatorias a las exportaciones de un país. *“La subvención sería la competencia desleal practicada por el gobierno en sus exportaciones, y el dumping sería la competencia desleal efectuada por particulares al*

exportar.”³⁰ El dumping internacional supone que un proveedor extranjero vende su producto a un precio menor de aquel ofertado en su propio mercado, afectando directamente a los productores del país que adquirirá dicho bien y restringiendo la participación de éstos en ese determinado mercado. Así, la competencia en ese mercado se ve limitada para los productores nacionales, quienes se verán obligados a reducir sus precios. El dumping supone, entonces, la discriminación de precios tanto a nivel de mercados nacionales como internacionales.

Para que sea factible la realización del dumping, es necesaria la división de mercados, existiendo algún tipo de restricción en la comercialización de ese bien o falta de comunicación entre esos mercados, pues si éstos actuaran como uno solo los consumidores podrían adquirir el mismo bien al mismo precio en sus Estados. Una de las condiciones que pueden hacer factible la realización del dumping son las barreras de entrada que pueden existir para ciertos bienes o servicios, por ejemplo la implementación de impuestos para la importación de determinados bienes.

En este contexto, las prácticas de precios predatorios han tomado fuerza a partir de los años 80, así *“En el periodo comprendido entre 1980 y 1984, en Estados Unidos, Comunidad Económica Europea, Japón, Canadá y Australia se iniciaron 545 acciones antidumping, imponiéndose un total de 310 medidas provisionales y 265 derechos definitivos, a los que habrá que agregar 83 casos en los que hubo compromiso de precios.”*³¹, obligando a los países afectados a la creación de normativa que permita prevenir y sancionar este tipo de prácticas.

Sobre esta práctica anticompetitiva, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su artículo 9, numerales 4, 6 y 20, establece la fijación de precios predatorios como conductas constitutivas de abuso de poder de mercado, sin que se le dé un tratamiento independiente o una sanción distinta, evidenciando que la normativa ecuatoriana confunde a los precios predatorios con prácticas de abuso de poder de mercado.

Una de las consecuencias de esta práctica puede ser la creación de monopolios u oligopolios. Si un productor ofrece precios menores que los de sus competidores es

³⁰ Juan Antonio Álvarez, Claudio Lizana, *Dumping y competencia desleal internacional*, (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995), 37.

³¹ *Ibíd.*

probable que si éstos no pueden mejorar dichos precios se retirarán del mercado, en cuyo caso el productor único podrá establecer el precio que considere conveniente en cuanto al bien ofertado en aquel mercado. La creación de monopolios, como se analizará posteriormente, puede llevar a que los consumidores del mismo se vean perjudicados, pues las condiciones las establecerá el proveedor único, sin que existan alternativas para los demandantes.

Por lo analizado, se puede colegir que el dumping afecta directamente a las economías nacionales, en un plano más específico a los productores locales, y que la produciendo un desequilibrio económico, por lo que su prevención y sanción es primordial para proteger la libertad de competencia así como a los mercados nacionales.

1.2.4 Monopolios y oligopolios

Cuando una empresa es la única productora de un bien o única prestadora de un servicio determinado estamos ante un monopolio. Los monopolios suponen que una persona o empresa pueda explotar un determinado mercado de manera exclusiva, y que no existe competencia económica para dicho bien o servicio en el mercado, por lo que el poder de la persona o empresa que goza de esta condición es absoluto en él, de tal manera las condiciones de éste serán establecidas por la empresa o persona. Esta estructura de mercado afecta directamente a la competencia, pues no existe. Por otro lado, el oligopolio supone que el control del mercado se encentra en dos o más actores económicos.

Los monopolios y oligopolios forman parte de las estructuras de mercado. Sobre lo mencionado, se pueden establecer cuatro tipos diferentes de estructuras básicas de mercado como son los monopolios, oligopolios, competencia monopolística y competencia perfecta, las mismas que se entienden de la siguiente manera:

En el *monopolio*, un único productor vende un único bien no diferenciado. En el *oligopolio*, unos pocos productores – más de uno pero no muchos- venden productos que pueden ser idénticos o diferenciados. En la *competencia monopolística* hay muchos productores y cada uno ofrece un producto diferenciado (pensemos en los productores

de libros de texto de economía). Y finalmente, como ya sabemos, en la *competencia perfecta* muchos productores venden un producto idéntico.³²

En referencia a los monopolios, estos pueden darse dentro de un mercado debido a las condiciones intrínsecas del mismo, de tal manera que en las manos de una sola empresa puede estar toda la producción de un bien, con costos menores a los que existirían en caso de que se generen condiciones de competencia. A estos se los determina como monopolios naturales, los que suponen elevados índices de inversión y costos de mantenimiento dentro de un mercado limitado. En estos mercados de monopolios naturales, resulta más beneficioso que exista un solo proveedor, debido a que los costos medios disminuyen mientras aumenta la productividad de la inversión realizada, de tal manera que el costo final puede mantenerse bajo sin que implique pérdida para dicho actor económico.

Si los monopolios y oligopolios no son controlados y regulados, pueden llevar a abusos por parte de éstos afectando a los consumidores. Estos consumidores afectados pueden ser tanto personas naturales como jurídicas, públicas o privadas. Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 335 de la Constitución de la República del Ecuador, impone al Estado las obligaciones de regular, controlar e intervenir, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas, definir una política de precios orientada a proteger la producción nacional y establecer los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio u oligopolio privado o de abuso de posición de dominio en el mercado, así como otras prácticas de competencia desleal.

1.2.5 Barreras de entrada

Son consideradas barreras de entrada los factores que dificultan el ingreso de nuevos productores a un mercado determinado, son los obstáculos que impiden que un agente de mercado pueda competir en él, pues restringe su ingreso o simplemente lo impide. *“El objetivo fundamental de la política de libre competencia es el mantenimiento del proceso competitivo en sí a través de la eliminación o prevención de*

³² Paul Krugman, Martha L. Olney, Robin Wells, *Fundamentos de economía*, (Barcelona: Reverté, 2008), 271.

todo tipo de restricciones.”³³, dando la libertad tanto a oferentes como a productores de escoger los mercados en los que desean ofertar o adquirir un determinado bien o servicio.

Las barreras de entrada pueden establecerse como naturales y estratégicas, siendo las primeras aquellas que se desenvuelven normalmente en el mercado, mientras que las segundas son aquellas que se crean o pueden ser alteradas de tal manera que se restrinja la participación de los actores económicos en el mercado.

Otra de las clasificaciones que la doctrina da a las barreras de entrada son aquellas estructurales y estratégicas. Las primeras “[...] *derivan de características fundamentales del sector como la tecnología, costos y demanda. [...] Las barreras estratégicas de entrada se refieren al comportamiento de las empresas ya instaladas.*”³⁴ En cuanto a las barreras de entrada estratégicas, los comportamientos más comunes de las empresas que ya forman parte de un mercado tienen relación con el acaparamiento.

De la misma manera, y sobre este tipo de barreras de entrada, se establece que el Estado, a través de la Administración Pública, también puede crearlas por medio de la concesión de licencias o de normativa que no permita la entrada de ciertos actores económicos en un tipo de mercado específico. Tal es el caso de la normativa ecuatoriana en cuanto a la contratación pública que tiene una política de preferencia a la producción nacional, poniendo barreras de entrada a las empresas extranjeras; sin embargo estas barreras pueden romperse a través de las exenciones que la misma Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé, pudiendo convertirse en barreras de entrada ya no para las empresas extranjeras sino para los actores de mercado nacionales.

Sobre las exenciones mencionadas previamente, se establecen, por ejemplo, la contratación por Régimen Especial con empresas públicas extranjeras, las contrataciones financiadas con créditos de organismos multilaterales o préstamos de gobierno a gobierno, o las contrataciones extraterritoriales, las mismas que podrían constituirse

³³Flint Blanck Pinkas, *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del D.L. 701: legislación, doctrina y jurisprudencia regulatoria de la libre competencia*, (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002), 224.

³⁴Naciones Unidas, UNCTAD, “Ley Tipo de Defensa de la Competencia: Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y la Política de la Competencia”, (Nueva York y Ginebra, 2007), 41.

como barreras de entrada si las entidades contratantes establecen estándares de contratación direccionados que impiden la participación de proveedores nacionales, a pesar de la existencia de bienes o servicios de similares características que permitan cumplir con los objetivos institucionales.

Las Naciones Unidas han establecido que uno de los factores determinantes para la variación de las barreras de entrada se encuentra relacionado con la madurez o desarrollo que tenga el mercado. Por ejemplo, si un mercado se considera desarrollado, tendrá barreras de entrada en determinados sectores como la energía eléctrica, la telefonía, automóviles, entre otros. Mientras que en los mercados con una menor madurez, las barreras de entrada estarán dirigidas a sectores como el agrícola o alimenticio.

Para Michael Porter existen seis barreras de entrada, a saber: i) economías de escala; ii) diferenciación de producto; iii) inversiones de capital; iv) desventaja de costos independientemente de la escala; v) acceso a los canales de distribución; y, vi) política gubernamental. De esta manera y bajo la identificación de las mismas y su posible limitación, se puede lograr que los productores ingresen a un mercado, de tal manera que puedan competir en igualdad de condiciones, tanto a nivel nacional como internacional.

De la misma manera, se han diferenciado básicamente tres causas para la existencia de barreras de entrada, entre ellas las economías de escala, la diferenciación de productos o servicios y la constatación de ventajas absolutas en los costes.³⁵ En el primer caso, referente a las economías de escala, supone que el actor económico para poder ingresar a un mercado y obtener algún tipo de beneficio, deberá producir un volumen considerablemente alto, de tal manera que pueda igualar a las empresas ya existentes. La diferenciación de productos se presenta como la dificultad de aceptar un nuevo producto, disminuyendo su volumen de producción y por lo tanto aumentando los costos, que serán mayores a los de los productos ya existentes y que por lo tanto constituirán una desventaja. Finalmente, la tercera causa se refiere a la existencia de patentes o restricciones legales para algunos productos que suponen un desembolso extra

³⁵Rafael Muñoz de Bustillo, *Margen, precio y renta de equilibrio*, (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1986), 104.

de recursos por parte del agente económico que pretende entrar al mercado, lo que encarece los costos del bien o servicio. Como menciona Rafael Muñoz:

Todos estos factores actúan como barreras de entrada desde el momento en que se imponen unos costes medios de producción más elevados a las empresas entrantes que a las instaladas. Pero esta diferencial de coste funcionará como una barrera de entrada sólo si es superior al margen sobre costes fijado por las empresas del sector para determinar el precio; sino es así, la única consecuencia será la diferencia entre la tasa de beneficio de las empresas instaladas y la entrante que no verá obstaculizada su entrada. Por lo tanto, es el tamaño del margen en que determina la existencia o no de barreras de entrada, y ello exige entender éste en términos relativos.³⁶

Lo mencionado se establece cuando la empresa es nueva y desea incursionar en un mercado determinado, mientras que en el caso de que la empresa ya existiere y quisiera entrar en un mercado diferente al que normalmente se desenvuelve, las circunstancias podrían variar. El hecho de que el actor económico ya forme parte de otro mercado le da una gran ventaja, pues en el caso de las economías de escala podrá compensar sus precios por medio del producto que ya comercializa, al igual que con el producto diferenciado, pues tiene la posibilidad de dar uso a la marca posicionada en otro mercado, al igual que lo hará con la tercera causa mencionada.

1.4 El Estado como actor de mercado a través de la contratación pública

Históricamente, la intervención estatal en el mercado ha tenido varias fases, dependiendo de la época y de la ideología en la que se encuentre. A pesar del cambio que se genera en las actuaciones del Estado en este ámbito, el rasgo común es la protección de libertades y derechos. Por ejemplo, los estados liberales propenderán a la auto regulación del mercado y al uso libre de los medios de producción, mientras que los estados socialistas buscarán la mayor injerencia posible a través de la estatización de los medios de producción. Consecuentemente, el intervencionismo estatal será el resultado de las teorías económicas, políticas y filosóficas que pretenden solucionar problemas coyunturales.

En los años setenta se tomó a dicha intervención como perjudicial para el interés público en favor de los intereses privados. Se hacen claras distinciones entre lo público

³⁶Ibid., 105.

y lo privado, existiendo un dualismo entre el Mercado y el Estado que se veían como elementos contradictorios. Posteriormente, a inicios del siglo XXI, se ha intentado romper con el dualismo Estado-Mercado, a través de la generación por parte de los entes estatales, de políticas económicas “[...] *en cuya concepción subyace la idea del sistema político como un mercado en el que el resultado se determina a través de la interacción de personas que persiguen sus propios intereses individuales (entendidos con un criterio amplio) en vez de los objetivos sociales que los participantes juzgan ventajoso enunciar*”.³⁷

Si bien en un principio el Estado actuó como regulador de mercado, respondiendo a las fallas del mercado, se habla de que mencionadas regulaciones se encaminaban a beneficiar a ciertos grupos de interés, generando así que se confronte el interés público con el interés individual. Los mencionados grupos de poder generan una competencia entre sí de tal manera que puedan obtener la mayor cantidad de beneficios posible por parte del sistema regulador, o más bien el sistema político. De esta manera empieza una campaña de desregular el mercado, cuyo objetivo es la no intervención el Estado, evitando así la generación de beneficios a esos grupos hegemónicos en contraposición con el bien común.

En oposición de lo mencionado, surge una teoría económica positiva de la regulación que toma como partida que:

[...] el impulso de programas desreguladores desde la década de los setenta ha puesto en manifiesto que la visión de la ‘captura’ del regulador y de las relaciones estratégicas regulador – regulado es sólo un factor más en un contexto decisonal, organizativo e informacional más complejo. En consecuencia, han emergido nuevas necesidades de re-regulación [...]³⁸

Sobre lo mencionado, la nueva economía institucional intenta enlazar al mercado con el Estado bajo el análisis del entorno institucional, es decir sus características, funcionarios, bienes, burocracia, etc., así como aquellas instituciones de gobernanza que generan políticas, normas, convenios, etc. Es importante considerar que tanto estado como mercado se encuentran interrelacionados, y que actualmente la

³⁷Germá Bel, “Estado ¿versus? Mercado”, *Estudios de Economía Aplicada* v.22, (Barcelona: Universidad de Barcelona, 2004)

³⁸ Ibíd.

intervención estatal va más allá de la imposición de normas, sino que se entiende que los organismos gubernamentales son activos en la economía, tomando estas instituciones varias formas. *“Una de las características del llamado genéricamente <intervencionismo público en la economía> es su pluriformidad, siendo la empresa pública una de sus manifestaciones.”*³⁹

La injerencia estatal en la economía nacional no se limita únicamente a la intervención directa o indirecta señalada previamente, sino que se amplía, más bien a la interacción como actor del mercado, a través de la adquisición de bienes, servicios o construcción de obras, que tienen como principal objetivo el de cubrir sus necesidades, que consecuentemente lleven a la consecución del bien común. Es decir, que a partir del siglo XX *“[...] el pensamiento económico empieza a orientarse a la economía del bienestar, en la que se asigna al gobierno el papel de redistribuidor de la riqueza”*.⁴⁰ En este sentido, el avance del Estado como actor activo del mercado de bienes y servicios, se ha visto desarrollado a través de las compras públicas.

Por medio del Derecho Administrativo, y sobre todo del contrato administrativo, se hace un primer acercamiento a lo que hoy denominamos compras públicas, tomando en consideración que los contratos celebrados entre los organismos y entidades estatales y los particulares al amparo de la contratación pública, tienen el carácter de administrativos. Cabe señalar que se entiende por contrato administrativo aquel celebrado por la administración pública al amparo del régimen jurídico público que se caracteriza por la existencia de prerrogativas a favor de Estado a través de la inserción de cláusulas exorbitantes y de la posibilidad de la autotutela.

Sin embargo, cabe señalar que la doctrina ha establecido que el elemento de la prerrogativa no es esencial de los contratos administrativos, pues se ha determinado la inserción de cláusulas que permitan mantener una relación Estado – particular más equitativa, atendiendo al equilibrio económico de las partes.

“Al crecer el sector público de la economía, fueron cobrando creciente importancia, tanto en número como en montos, una serie de contratos administrativos que antiguamente no eran igualmente frecuentes: contratos de obras públicas, de

³⁹ Alonso Ureba, *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*, (Madrid: Montecorvo, 1985), 33.

⁴⁰ Galbraith, *Historia de la economía*, (Barcelona: Ariel, 1992), 229.

suministros, etc.”⁴¹ Las necesidades de las instituciones del sector público llevaron a la evolución de este tipo de contratos, permitiendo la interacción más frecuente entre el sector público y el privado, poniendo en evidencia una nueva etapa en la intervención estatal en el mercado. Así, los contratos clásicos de concesión o las privatizaciones han perdido terreno en el ámbito de actuación de la administración pública, pues se buscan procedimientos más eficientes y que permitan un mayor beneficio para ambas partes.

Con el auge de la contratación pública a nivel regional y mundial, se ha visto a los organismos e instituciones que conforman a la administración pública como entes que pueden interactuar en los diversos mercados de prestación de servicios y adquisición de bienes. Ya no se trata únicamente de aquel ente paternalista que se encarga de brindar servicios públicos, sino como aquel gran comprador y dinamizador de las economías. En el Ecuador la inversión pública se ha convertido en un verdadero motor de desarrollo para la economía nacional, pues se estima que ésta constituye el 8% del Producto Interno Bruto Nacional, y el 24 % del Presupuesto General del Estado.⁴²

En este sentido, la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 288 menciona que *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”*, que conjuntamente con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) y la creación del Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), constituyen el eje fundamental de las compras públicas, imponiendo cambios radicales a las entonces compras públicas que se llevaban a cabo por las instituciones estatales, y dinamizando su intervención dentro del mercado, bajo los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad y participación nacional.

Tal como menciona Daniel López Suárez:

⁴¹ Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo: Parte General*, (Buenos Aires: Macchi, 1974), 324.

⁴² Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder de Mercado, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015*.

A partir de estos cambios, la Inversión (pública casi hasta el último centavo) en Contratación Pública ha tenido un gran impacto en la economía ecuatoriana; en el año 2011 tuvo un crecimiento del 39.8% respecto al 2010. En el año 2013 se aproximó a \$ 11,000 millones de dólares, representando el 11.5% del Producto Interno Bruto y el 33.5% del Presupuesto General del Estado. Un análisis comparativo del año 2010 al 2013 evidencia que la Contratación Pública se ha mantenido en un promedio de 11.3% con respecto al PIB; sin embargo para el año 2014 la Contratación Pública fue del 8.1% del PIB y el 23.9% del PGE, evidenciándose una contracción de la misma del 24.4% respecto al año 2013.”⁴³

De esta manera, a través del presente trabajo se puede evidenciar que las compras públicas cumplen con dos finalidades esencialmente, a saber: i) La satisfacción de las necesidades propias de las instituciones estatales a través de procedimientos determinados y reglados que permiten la transparencia y legalidad de las actuaciones de la administración pública, ii) La dinamización de la economía nacional a través de la injerencia de las entidades estatales como actores activos e inversores en los mercados de bienes y servicios.

En cuanto a la satisfacción de necesidades, en el caso de Ecuador, a través de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se pretende crear un Sistema que permita la armonización, organización, y planificación en la adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras que requieran las entidades estatales, buscando que todas las instancias y organismos se alineen en cuanto a programación, presupuesto y control de las compras públicas. De la misma manera, se busca agilizar los procedimientos de contratación y transparentar las acciones estatales, bajo la premisa de optimización de los recursos públicos. Todo ello constituye la motivación para la expedición de la ley mencionada, cuyo objetivo, establecido en el artículo 1, es la determinación de principios y normas que rijan los antedichos procedimientos.

La falta de planificación que se había dado en las instituciones públicas en cuanto a sus compras generó la necesidad de la expedición de normas más claras.⁴⁴ Así, a través del Plan Anual de Contratación (PAC), las entidades deben realizar la

⁴³ Daniel López Suarez, “Inversión y contratación pública en el Ecuador. Ahora le toca al sector privado”, (Quito: Corporación Legal Ecuador), <<http://www.corporacionlegal.ec/inversion-y-contratacion-publica-en-el-ecuador-ahora-le-toca-al-sector-privado>>, ingresado: 11 de febrero de 2016.

⁴⁴ Previo a la expedición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el 2008, se permitía que los funcionarios públicos actúen con un alto grado de discrecionalidad, sin que la planificación sea un eje fundamental en la compra pública.

planificación de las contrataciones que realizarán anualmente. Establece de esa manera el artículo 22 de la LOSNCP que *“Las Entidades Contratantes, [...], formularán el Plan Anual de Contratación con el presupuesto correspondiente, de conformidad a la planificación plurianual de la Institución, asociados al Plan Nacional de Desarrollo y a los presupuestos del Estado.”*; de esta manera, se cumple con el objetivo de alineación de los organismos estatales y transparencia de las compras públicas.

En referencia a la segunda finalidad que cumplen las compras públicas, se han visto en los últimos años grandes avances en cuanto a la dinamización de la economía. Esta finalidad se ve estrechamente ligada con los objetivos planteados por el Plan Nacional de Desarrollo 2013 – 2017 expedido por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. El objetivo No. 10 Impulsar la Transformación de la Matriz Productiva, busca la producción de bienes y servicios con un valor agregado ecuatoriano, de tal manera que el Ecuador pase de ser un país importador a ser exportador de bienes y servicios con calidad.

Se pretende incentivar la producción basada en la economía del conocimiento, a través de la cual se busca:

[...] diversificar la economía, dinamizar la productividad, garantizar la soberanía nacional en la producción y consumo internos, y salir de la dependencia primario – exportadora. La conformación de nuevas industrias y el fortalecimiento de sectores productivos con inclusión económica en sus encadenamientos, apoyados desde la inversión pública, nueva inversión privada, las compras públicas [...].

De esta manera se evidencia la importancia de las compras públicas para el cumplimiento de los objetivos del Estado y como eje principal que permite la creación de nuevas industrias por medio de la inversión pública.

En relación a lo mencionado, se han establecido ciertos mecanismos de preferencia en las compras públicas para los actores de la economía popular y solidaria, los artesanos, y las pequeñas y medianas empresas. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública menciona en su artículo 25.2 que:

En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la

aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Ambos objetivos descritos en párrafos anteriores son la base de la interacción estatal en el mercado, ya no como un mero ente que genera reglas o, como en épocas anteriores, un observador del dinamismo creado por los empresarios, sino como agente activo que busca la consecución del bienestar común y desarrollo de la economía a través de la inversión pública y la compra de bienes y servicios y ejecución de obras que permitan cubrir esas necesidades. La participación del Estado de forma activa en el mercado permitirá que cumpla con el objetivo planteado en el Plan Nacional de Desarrollo, siempre que los recursos sean invertidos por las entidades y organismos en producción nacional, en bienes y servicios de origen ecuatoriano, y no se escoja discrecionalmente a empresas extranjeras para dichas adquisiciones.

La transparencia y priorización de producción nacional en las compras públicas es primordial para el desarrollo económico, pues si bien la normativa aplicable permite la contratación de extranjeros, ésta deberá realizarse únicamente cuando no exista capacidad ecuatoriana. En este sentido la discrecionalidad en la contratación estatal debe ser mínima, y cada acto realizado será debidamente motivado. Así, la consecución de los objetivos planteados dependerá de las actuaciones de los funcionarios de los entes públicos y su apego a la normativa vigente. De esta manera, el Estado ecuatoriano, y en especial el SERCOP, juegan un papel importante en el control del cumplimiento de las reglas planteadas. Una vez más el Estado cumple con un papel activo en el fortalecimiento de la economía.

1.5 Relación entre el Derecho de competencia y la contratación pública

Una vez que se ha delimitado al Derecho de competencia y se ha establecido su importancia, es menester en este espacio dilucidar la relación que existe entre mencionada rama del Derecho y la contratación pública. Si bien es cierto que se consideran ramas separadas de Derecho, su interacción es innegable, pues el mercado de bienes y servicios al que accede el Estado como demandante genera una constante competencia entre los agentes que los ofrecen, abriendo paso a la realización de

prácticas que muchas veces pueden afectar a la concurrencia y por lo tanto no generarán el dinamismo buscado por la contratación pública.

Como se ha mencionado anteriormente, el artículo 288 de la Constitución ecuatoriana dispone que *“Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”*

En cuanto a la protección al derecho de libertad de competencia, se establecen dentro de la Norma Suprema, las siguientes disposiciones:

Art. 335.- El Estado regulará, controlará e intervendrá, cuando sea necesario, en los intercambios y transacciones económicas; y sancionará la explotación, usura, acaparamiento, simulación, intermediación especulativa de los bienes y servicios, así como toda forma de perjuicio a los derechos económicos y a los bienes públicos y colectivos.

El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal.

Art. 336.- El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.

El Estado asegurará la transparencia y eficiencia en los mercados y fomentará la competencia en igualdad de condiciones y oportunidades, lo que se definirá mediante ley.

Al amparo de lo mencionado líneas arriba, los principios de concurrencia, igualdad y oportunidad en la contratación pública que se encuentran establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP- como de observancia obligatoria durante la realización de procedimientos precontractuales, y suponen los ejes transversales a lo largo de la normativa pertinente. Dichos principios, conjuntamente con las disposiciones emitidas en relación a competencia justa, son las bases para la realización y control de dichos procedimientos.

El principio de concurrencia en la contratación pública busca la participación de la mayor cantidad de oferentes posible, siendo la contratación directa una modalidad excepcional en los casos previstos por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Así, este principio, apoyado por el principio de publicidad,

permite el conocimiento de los posibles oferentes de los procedimientos a realizarse por parte de las entidades contratantes, de tal manera que éstos puedan participar abiertamente. Se puede establecer entonces que:

La libre concurrencia permite el acceso [...] de todas las personas o sujetos de derecho interesados en contratar con el Estado, mediante la adecuada publicidad de los actos previos [...]. Es un principio relativo, no absoluto o irrestricto, porque el interés público impone limitaciones de concurrencia relativas, entre otras, a la naturaleza del contrato y a la capacidad e idoneidad del oferente.⁴⁵

Esta concurrencia, o libertad de participación, además de ser un principio de observación obligatoria por parte de las entidades contratantes, constituye un derecho de los oferentes, pues ellos tienen pueden conocer y participar en los procedimientos en los que se consideren aptos, tomando en cuenta las particularidades en los términos de referencia o especificaciones técnicas de cada uno de ellos. Se debe mencionar en este punto que dentro de la contratación pública se hace uso de recursos públicos, y que por lo tanto el principio de publicidad asociado al de transparencia, se considera imprescindible –salvo en los casos establecidos por ley como contrataciones para la seguridad interna y externa- pues la ciudadanía tiene derecho al conocimiento del empleo de estos recursos por parte del Estado.

Por su parte, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, busca generar condiciones que permitan el comercio justo, a través del control, prevención y sanción de la realización de prácticas que puedan considerarse como restrictivas a la competencia, tales como el abuso de poder de mercado, los acuerdos colusorios y operaciones de concentración económica. Es así que el ámbito de aplicación de la mencionada ley abarca a todos los operadores de mercado, sean estas personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado que realicen actividades económicas dentro del territorio nacional. Evidentemente, las contrataciones – operaciones económicas- realizadas por los organismos estatales se encuentran sujetas al ámbito de aplicación previsto por la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.

⁴⁵Consejo de Estado de Bogotá, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Fallo 12037 de 19 de julio de 2001, radicación número 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037).

De esta manera, se hace notoria la importancia que tiene la concurrencia y libre competencia dentro de la contratación pública, incluso en legislaciones que presentan sistemas jurídicos distintos al ecuatoriano. Así por ejemplo, el libro verde de la Unión Europea menciona los objetivos de la contratación pública que siguen sus países miembros, y establece que:

Los objetivos fundamentales de la política de contratación pública de la Unión son: la creación de las condiciones de competencia necesarias para que no haya discriminación en la adjudicación de contratos, la utilización racional del dinero público a través de la selección de la mejor oferta presentada, el acceso de los suministradores a un mercado interior que ofrece oportunidades importantes y el refuerzo de la competitividad de las empresas europeas.⁴⁶

La correspondencia entre el Derecho de la contratación pública y el Derecho de competencia es innegable, pues las actividades económicas realizadas por las entidades estatales a través de la adquisición de bienes y prestación de servicios suponen la comparecencia de varios agentes, a saber los oferentes convocados. Al amparo de lo mencionado, se establece que al existir un proceso de selección, los oferentes del Estado compiten entre ellos, de tal manera que puedan resultar adjudicatarios de los distintos contratos que devienen de dichos procedimientos, y se corre el riesgo de que se establezcan ciertas prácticas entre ellos que falseen o impidan una verdadera competencia en ese mercado en específico o que busquen la monopolización del mismo a través de la adjudicación a determinados grupos de poder.

De esta manera, para evitar la realización de acciones que impidan la concurrencia en los procedimientos precontractuales, el SERCOP, en ejercicio de su potestad reglamentaria, dentro de los modelos de pliegos de uso obligatorio, ha implementado mecanismos que permitan salvaguardar la libre competencia. Por ejemplo, en el formulario de presentación de oferta, número 3.1 Carta de Presentación y Compromiso, se establece en el número 3 que:

La oferta la hace en forma independiente y sin conexión abierta u oculta con otra u otras personas, compañías o grupos participantes en este procedimiento y, en todo aspecto, es honrada y de buena fe. Por consiguiente, asegura no haber vulnerado y que no vulnerará ningún principio o norma relacionada con la competencia libre, leal y justa; así como

⁴⁶Comisión Europea, *Libro verde la contratación pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro*, (Comunicación adoptada por la Comisión el 27 de Noviembre de 1996), I

declara que no establecerá, concertará o coordinará –directa o indirectamente, en forma explícita o en forma oculta posturas, abstenciones o resultados con otro u otros oferentes, se consideren o no partes relacionadas en los términos de la normativa aplicable; asimismo, se obliga a abstenerse de acciones, omisiones, acuerdos o prácticas concertadas o y, en general, de toda conducta cuyo objeto o efecto sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en este procedimiento de contratación. En tal virtud, declara conocer que se presumirá la existencia de una práctica restrictiva, por disposición del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, si se evidencia la existencia de actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general cualquier conducta, independientemente de la forma que adopten, ya sea en la presentación de su ofertas, o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en este proceso de contratación.

En el Formulario mencionado se determina la obligatoriedad de los participantes de cumplir con la normativa referente a libertad de competencia; no obstante, se evidencia que en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General, y la normativa emitida por el SERCOP, no se considera de forma expresa la posibilidad de sanción en cuanto a afectaciones directas al principio de concurrencia en materia de contratación pública, sino que protege mencionado principio, también derecho como se ha analizado previamente, a través de otra normativa y de otro órgano que lo regula.

Con la finalidad de realizar un trabajo conjunto para la prevención y control de prácticas anticompetitivas en la contratación pública, el Servicio Nacional de Contratación Pública y la Superintendencia de Control de Poder de Mercado han expedido el Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015, cuyo objetivo es *“[...]coadyuvar a garantizar la transparencia y la calidad del gasto en la compra pública y se constituye en una herramienta que servirá de apoyo y orientación para la implementación constante de las buenas practicas integrales dentro de la contratación pública a nivel nacional.”*, dejando claro que la intervención estatal se hace a través de la generación de normas que puedan establecer conductas en relación a la concurrencia y competencia leal en la contratación pública, que permita a los actores de la misma encaminarse hacia los objetivos y principios establecidos tanto en la Ley Orgánica del Sistema de Contratación Pública como en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, para la consecución del bienestar común.

Si bien es cierto que competencia debe ser parte de las compras públicas, la política de preferencias a la producción nacional puede entenderse como un limitante a la concurrencia, pues desde el punto de vista de proveedores extranjeros, las barreras de entrada no permiten que estos participen en procedimientos de contratación pública. Sin perjuicio de lo mencionado, en aras de precautelar la participación equitativa, las entidades contratantes deberán plasmar parámetros de calificación justos, pues si bien la herramienta informática de compras públicas aplica preferencias según la localidad y participación nacional, la participación debe ser igualitaria en base al principio legal de trato justo, de tal manera que se pueda desarrollar un procedimiento precontractual que permita la mayor cantidad de concurrencia posible para la obtención de beneficios y consecución de los objetivos estatales.

CAPÍTULO 2

LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREFERENCIA DE PRODUCCIÓN NACIONAL Y LOS PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE CONTRATACION PÚBLICA

2.1 Las políticas públicas de preferencia a la producción nacional en la normativa ecuatoriana de contratación pública.

Como se ha mencionado previamente, y en base a lo establecido en el artículo 288 de la Constitución de la República del Ecuador, se priorizará la compra pública de bienes y servicios nacionales. Esta norma, al tener un rango jerárquicamente superior, obliga a las entidades del Estado a su subordinación, constituyéndose como una política de Estado en el ámbito de la contratación pública.

En cuanto a las políticas públicas, el número 8 del artículo 11 de la norma ibídem, referente al ejercicio de los derechos, establece que *“El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas.”*, y el artículo 85 señala que:

La formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos que garanticen los derechos reconocidos por la Constitución, se regularán de acuerdo con las siguientes disposiciones:

1. Las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos se orientarán a hacer efectivos el buen vivir y todos los derechos, y se formularán a partir del principio de solidaridad.
2. Sin perjuicio de la prevalencia del interés general sobre el interés particular, cuando los efectos de la ejecución de las políticas públicas o prestación de bienes o servicios públicos vulneren o amenacen con vulnerar derechos constitucionales, la política o prestación deberá reformularse o se adoptarán medidas alternativas que concilien los derechos en conflicto.
3. El Estado garantizará la distribución equitativa y solidaria del presupuesto para la ejecución de las políticas públicas y la prestación de bienes y servicios públicos.

En la formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades.

Sobre lo mencionado, las políticas públicas suponen una influencia directa en las actuaciones de la Administración Pública, dentro del sistema político y administrativo, y se evidencian como los lineamientos en los cuales se basan las entidades estatales para la

consecución de sus fines, de tal manera que se protejan los derechos de los ciudadanos consagrados en la Constitución, la misma que se instrumentará a través de ellas. Las políticas públicas se entienden “[...] como un medio para comprender la operatividad o la lógica de la acción pública [...] evidenciar constantes o reglas generales propias o inscritas en el funcionamiento de las acciones públicas. En este marco, [...] permite la comprensión del funcionamiento del Estado y, de forma más amplia, de los ámbitos de convivencia colectiva.”⁴⁷

En este sentido, y a manera de política pública dentro de la contratación pública, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece en el artículo 4 como uno de sus principios rectores el de participación nacional, y los artículos 25.1 y 25.2 determinan los mecanismos de priorización para bienes y servicios de origen nacional, estableciendo que el pliego deberá contener “[...] criterios de valoración que incentiven y promuevan la participación local y nacional, mediante un margen de preferencia [...]”, y señalado de esta manera que el componente ecuatoriano deberá ser la opción principal en cuanto las adquisiciones del sector público.

Sobre lo mencionado, el SERCOP ha establecido márgenes o umbrales de valor agregado ecuatoriano que corresponderá a los porcentajes mínimos que deben cumplir los proveedores para que su bien o servicio sea considerado nacional y que por lo tanto acceda a la priorización y preferencia en las compras públicas. Así, se determina como uno de los parámetros de calificación al Valor Agregado Ecuatoriano -VAE, que es el porcentaje que se obtiene de la relación entre el consumo intermedio de componente nacional respecto al valor de la producción a precios básicos de la Matriz Insumo – Producto.

Sobre ello, se deberá evaluar el porcentaje de VAE que tienen cada producto o servicio, de tal manera que si cumple con los umbrales mínimos establecidos por el SERCOP, podrá pasar a la siguiente fase del procedimiento precontractual. el valor agregado ecuatoriano –VAE, se convierte en un parámetro de calificación para las entidades contratantes, dinamizando la aplicación de la política pública de priorización

⁴⁷ Joan Subirats, Peter Knoepfel, Corine Larrue y Frédéric Verone, *Análisis y gestión de políticas públicas*, (Barcelona: Editorial Ariel, 2008), 22.

nacional, y atendiendo al Objetivo No. 10 del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2017 referente al cambio de la matriz productiva.

La participación nacional deberá ser transversal a todo procedimiento de contratación pública y tiene relación directa con el origen y producción nacional de los bienes y servicios, tal como lo menciona el numeral 4 del artículo 9 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como uno de los objetivos prioritarios del Estado en cuanto a contratación pública se encuentra el de *“Convertir la contratación pública en un elemento dinamizador de la producción nacional”*.

De esta manera, la ley ibídem, en el numeral 21 del artículo 6 define al Origen Nacional como aquel que: *“se refiere a las obras, bienes y servicios que incorporen un componente ecuatoriano en los porcentajes que sectorialmente sean definidos por parte del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, de conformidad a los parámetros y metodología establecidos en el Reglamento de la presente Ley.”*; y se establecen las definiciones de participación local y nacional en los numerales 22 y 23 de la misma norma, de la siguiente manera:

22. Participación Local: Se entenderá aquel o aquellos participantes habilitados en el Registro Único de Proveedores que tengan su domicilio, al menos seis meses, en la parroquia rural, cantón, la provincia o la región donde surte efectos el objeto de la contratación.

Todo cambio de domicilio de los participantes habilitados, deberá ser debidamente notificado al Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP.

23. Participación Nacional: Aquel o aquellos participantes inscritos en el Registro Único de Proveedores cuya oferta se considere de origen nacional.

Para dar cumplimiento a la dinamización de la producción nacional, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece preferencias para los bienes, obras o servicios de origen ecuatoriano, así como para los actores de la Economía Popular y Solidaria y micro, pequeñas y medianas empresas, dejando evidencia de que la priorización además de ser por el origen de producción, se establece por el tamaño de los oferentes, es decir según su capacidad productiva. De esta manera, en primer lugar se deberá verificar el porcentaje de Valor Agregado Ecuatoriano, y en segundo lugar la capacidad productiva de los oferentes de esos bienes o servicios, a

través de la aplicación de ciertos mecanismos de preferencia, previstos en el artículo 25.2 de la precitada Ley, de la siguiente manera:

En todos los procedimientos previstos en la presente ley, se preferirá al oferente de bienes, obras o servicios que incorpore mayor componente de origen ecuatoriano o a los actores de la Economía Popular y Solidaria y Micro, Pequeñas y Medianas Empresas, mediante la aplicación de mecanismos tales como: márgenes de preferencia proporcionales sobre las ofertas de otros proveedores, reserva de mercado, subcontratación preferente, entre otros.

Para la adquisición de bienes, obras o servicios no considerados de origen ecuatoriano de acuerdo a la regulación correspondiente se requerirá previamente la verificación de inexistencia en la oferta de origen ecuatoriano, mediante mecanismos ágiles que no demoren la contratación.

La entidad encargada de la contratación pública mediante la regulación correspondiente incluirá la obligación de transferencia de tecnología y de conocimiento en toda contratación de origen no ecuatoriano.

Para la aplicación de las medidas de preferencia se utilizará el siguiente orden de prelación:

1. Actores de la economía popular y solidaria;
2. Microempresas;
3. Pequeñas Empresas; y,
4. Medianas Empresas.

Estas medidas de preferencia se otorgarán siempre que su oferta se considere como de origen ecuatoriano de acuerdo con la regulación correspondiente.

En este punto, es necesario realizar un breve análisis sobre dichos mecanismos de preferencia, que permitan conocer los lineamientos a seguir para la priorización de producción nacional. Por un lado se encuentran los márgenes de preferencia que se refieren a la ventaja comparativa que se aplica a manera de puntaje o porcentaje a favor de los productores de bienes o servicios de origen ecuatoriano o que son actores de la economía popular y solidaria –AEPS, micro, pequeñas o medianas empresas. Estos puntajes son proporcionales al porcentaje de VAE de sus bienes o servicios, y les permiten tener una ventaja competitiva sobre otras ofertas que llevan un mayor componente extranjero.

Por su parte, la reserva de mercado se refiere a las barreras de entrada que se ponen para determinados bienes y servicios que no cumplen con componentes de origen ecuatoriano, y que por lo tanto no podrán participar en ciertos procedimientos de contratación pública. Así por ejemplo, se encuentran los procedimientos de Menor

Cuantía que tienen preferencias por nivel de producción y localidad, establecidos en el artículo 52 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo segundo inciso prevé:

En las contrataciones de bienes y servicios que se adquieren por procedimientos de cotización y menor cuantía, excepto los servicios de consultoría, se privilegiará la contratación con micro y pequeñas empresas, artesanos o profesionales, y sectores de la economía popular y solidaria, de manera individual o asociativa, preferentemente domiciliados en la circunscripción territorial en que se ejecutará el contrato, quienes deberán acreditar sus respectivas condiciones de conformidad con la normativa que los regulen.

[...]

Solamente en caso de que no existiera en la circunscripción territorial del correspondiente gobierno, oferta de proveedores que acrediten las condiciones indicadas en los incisos anteriores, la máxima autoridad de la entidad contratante, mediante acto debidamente motivado, podrá contratar con proveedores de otra circunscripción territorial o del país en el mismo procedimiento, de lo cual se informará a través del portal correspondiente.

Otro de los mecanismos establecidos por la ley *ibídem* se refiere a la subcontratación preferente, entendida como el traslado de ciertas obligaciones contraídas a través de un contrato a un tercero, que al cumplir con los requisitos establecidos desempeñará dichas obligaciones a nombre del contratista, siendo el tercero una persona natural o jurídica que goce de las preferencias establecidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública por nivel de producción. Cabe indicar que la subcontratación tendrá límites, pues se debe recordar que los contratistas fueron calificados en relación a sus capacidades, y la facultad de subcontratar no podrá suponer que toda la ejecución contractual esté a cargo de un tercero que no participó por su cuenta.

Sin perjuicio de lo mencionado, debe tomarse en consideración de que existen bienes que no se producen en Ecuador, o que existen servicios que requieren de componentes extranjeros para poder completarse; en ese caso, se han previsto determinados procedimientos y ciertos mecanismos que permitan a las entidades contratantes adquirir esos bienes o servicios sin que sean de origen ecuatoriano, en aras de precautelar las necesidades institucionales y de permitir la consecución de sus objetivos; sin embargo, dichos procedimientos son considerados como excepcionales y deberá encontrarse debidamente motivada su utilización.

De esta manera, en los casos en los que no se encuentra producción de bienes o prestación de servicios que cumplan con el porcentaje mínimo de VAE, se podrá contratar con personas naturales o jurídicas que provean bienes o presten servicios considerados extranjeros. Los modelos de pliegos obligatorios expedidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública determinan en la Sección II, número 2.1 Objeto del Contrato, que *“Si en el procedimiento de contratación no hubiere oferta u ofertas consideradas de origen ecuatoriano, la entidad contratante considerará y analizará las ofertas que no se consideren ecuatorianas que se hubieren presentado.”*

En el mismo contexto, y referente a los procedimientos de consultoría, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en el artículo 37 menciona:

La participación de consultores extranjeros, en los procesos de contratación pública, sean estas personas naturales o jurídicas, se limitará a los servicios, campos, actividades o áreas en cuyos componentes parcial o totalmente no exista capacidad técnica o experiencia de la consultoría nacional, certificadas por el Servicio Nacional de Contratación Pública quien para el efecto de proporcionar esta certificación deberá solicitar mediante aviso público la presentación de expresiones de interés de proveedores de bienes y servicios nacionales. Si en un plazo de ocho (8) días de solicitada dicha expresión de interés no existen interesados nacionales, o los que manifiesten su interés no cumplen con la capacidad técnica o experiencia solicitada, entonces autorizará a la entidad el concurso de prestadores de servicios de consultoría extranjeros.

De lo mencionado, se desprende la obligatoriedad de agotar la posibilidad de existencia de producción nacional para poder contratar consultores extranjeros, obligatoriedad que se extiende también para la adquisición de bienes o servicios considerados de origen extranjero. Esta posibilidad o capacidad productiva se plasma en un certificado que emite el SERCOP después de publicar en el Portal Institucional la necesidad y objeto de la contratación (a pedido de la entidad contratante), y si dentro de 8 días de realizada la publicación no se presentaren manifestaciones de interés al respecto.

De esta manera, se expide la “Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública” a través de Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, cuyo Capítulo IV del Título III establece el “Procedimiento de certificación de producción nacional y autorización de importaciones por parte del Estado”. El procedimiento que se establece

supone: i) publicación en el Portal Institucional de la contratación de bien o servicio; ii) presentación, dentro de tres días posteriores a la publicación, de las manifestaciones de interés de los oferentes que proveen dicho bien o servicio considerados de origen nacional y que cumpla con las especificaciones técnicas o términos de referencia establecidos por la entidad contratante; iii) calificación por parte de la entidad contratante y verificación por parte del SERCOP de producción nacional; y, iv) autorización de adquisición de bienes o servicios considerados extranjeros en caso de no encontrarse manifestaciones de interés, o realización de procedimientos de contratación pública con los oferentes considerados nacionales.

Considerando de esta manera que se ha establecido un eje de acción que supone la priorización de producción nacional en cuanto a la compra pública, se limita la adquisición de los bienes y servicios de origen extranjero únicamente para aquellos casos en los que dichos bienes y servicios no se encuentren a nivel nacional, entendiendo que éstos deberán ser producidos en el Ecuador y cuyos componentes sean ecuatorianos. Estas limitaciones buscan cumplir con objetivos constitucionales y contenidos en el Plan Nacional de Desarrollo, que responden a requerimientos que permitan el desarrollo económico y el cambio de la matriz productiva; no obstante, si se analiza a la libertad de competencia en su sentido más amplio, este tipo de normativa podría constituir una limitación a la competencia y competencia.

2.1.1 La competencia funcional y las políticas públicas de preferencia de producción nacional en la contratación pública.

Es importante considerar a la competencia funcional como un concepto base que permite ciertas limitaciones a la libertad de competencia en determinadas circunstancias. La competencia funcional o practicable supone garantizar la competencia no falseada o distorsionada, sin perjuicio de que en determinados sectores, las autoridades públicas, atendiendo al interés colectivo, permitan la consecución de ciertas actividades que en situaciones normales podrían considerarse anticompetitivas. De esta manera, la legislación podrá permitir la realización de las mencionadas actividades, bajo índices

tolerados, si se estima que ello puede generar un beneficio a la competitividad de la industria nacional o del mantenimiento del empleo.⁴⁸

La limitación a la libertad de competencia en determinados casos, como el presente que busca el cambio de la matriz productiva y el desarrollo de la economía nacional a través de la creación de bienes y servicios que contengan componentes ecuatorianos de tal manera que éstos puedan ser adquiridos no solo por las entidades contratantes ecuatorianas sino también por parte de compradores extranjeros, puede justificarse en la consecución del bien común como su fin último, mismo objetivo que se sobrepone a la fines como los de la competencia perfecta en ciertos mercados.

Si la compra pública tiene como uno de sus objetivos la dinamización de la economía nacional, tomando en consideración la injerencia que ésta posee en dicho ámbito, los procedimientos de contratación pública deberán encaminarse al mencionado objetivo. Ahora bien, si la libertad de competencia, más aún los principios legales de concurrencia e igualdad, se ven afectados por la imposición de las disposiciones constitucionales y legales sobre priorización de producción nacional –siendo la participación nacional otro de los principios consagrados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública-, es necesaria la ponderación y análisis en la importancia de la aplicación de esos principios en atención al cumplimiento del bien común.

De esta manera, “...la naturaleza de los mandatos de optimización exige que un eventual conflicto de principios se resuelva por medio de una ponderación que garantice su equilibrio y su mayor grado de realización. En la ponderación los principios no se anulan, simplemente se equilibran.”⁴⁹

Así, los principios legales de concurrencia y participación nacional requieren de un equilibrio entre ellos, tomando en consideración que la aplicación del uno no implica la anulación del otro. Sobre lo mencionado, en la aplicación de la preferencia de producción nacional no se anula el principio de concurrencia, pues los procedimientos precontractuales son selectivos por excelencia; simplemente se equilibran ambos

⁴⁸ Alberto Pérez Gómez, *El control de las concentraciones de medios de comunicación: Derecho español y comparado*, (Madrid: Librería- Editorial Dykinson, 2011), 39.

⁴⁹ Eduardo Montealegre Lynnet y otros, *La Ponderación en el Derecho*, (Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2014), 28.

principios disminuyendo la participación de productores de bienes y servicios de origen extranjero en aquellas circunstancias en las que exista producción nacional. La prevalencia de un principio sobre otro responde a la subsunción existente entre ellos, de tal manera que aquel principio que prevalece cumple de mejor manera con los objetivos planteados a través de la legislación correspondiente.

Las limitaciones a la competencia creadas a través de la normativa y la política pública de priorización de producción nacional, como parte de la *competencia funcional*, suponen que una vez cumplidos los objetivos que requirieron de su consecución, se buscará la optimización de la libertad de competencia, y se anulará o disminuirá la mencionada práctica. Si bien las restricciones a la competencia tienen una justificación en las circunstancias analizadas previamente, cuando se haya cumplido con el objetivo descrito, es decir el cambio de la matriz productiva y la dinamización de la economía nacional, se podrá buscar la optimización de la competencia.

Cabe hacer hincapié en que la política de priorización nacional reflejada en la aplicación de puntaje o ventajas competitivas por el cumplimiento de los umbrales mínimos de Valor Agregado Ecuatoriano establecidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública para la determinación de los bienes o servicios que deberán ser considerados de origen ecuatoriano, no constituye causal de descalificación de oferentes.

En este sentido, el último inciso del artículo 72 de la Codificación y Actualización de las Resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública expedida mediante Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, determina que *“Únicamente cuando en los procedimientos de contratación no hubiere oferta u ofertas de bienes, servicios u obras consideradas ecuatorianas, las entidades contratantes continuarán el procedimiento con las ofertas de bienes, servicios u obras de procedencia extranjera. En cuyo caso no se aplicarán márgenes de preferencia por Valor Agregado Ecuatoriano.”*

Por lo mencionado, la aplicación de priorización de producción nacional, a pesar de ser un limitante a la libertad de competencia, encuentra su justificativo en la búsqueda de la competitividad de la industria nacional, siendo esta prioritaria, tomando en consideración que la misma no es excluyente para la participación de ofertas de bienes o servicios considerados extranjeros. Así, en cuanto a los principios consagrados en el

artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, como se analizó previamente, la ponderación entre concurrencia, igualdad y producción nacional encuentra su equilibrio en la subsunción de los dos primeros ante el último, pues éste encierra la realización del bien común y de dinamización de la economía como principal objetivo de la contratación pública.

2.2 Régimen de contratación para proveedores extranjeros establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y normativa aplicable

Una vez establecida la política de priorización de producción nacional en la contratación pública, y que se ha determinado la excepcionalidad para la misma -en el caso de la falta de bienes y servicios considerados nacionales- es necesario determinar cuáles son los procedimientos permitidos por la normativa nacional para la realización de procedimientos internacionales de contratación Pública. Así, pueden considerarse tres excepciones: i) Los procedimientos de Régimen Especial con Entidades Estatales extranjeras; ii) Los procedimientos financiados con préstamos y cooperación internacional; y iii) Los procedimientos extraterritoriales.

En primer lugar, el numeral 8 del artículo 2 referente a Régimen Especial señala que se realizarán procedimientos de contratación pública con entidades estatales internacionales de la siguiente manera:

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento, o sus subsidiarias.

Se determina también como posibilidad de adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras con contratistas extranjeros aquellos relacionados con los contratos financiados con préstamos internacionales. En base a lo mencionado, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que:

En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley.

Ambas contrataciones suponen un procedimiento determinado, el primero sobre la base del Régimen Especial y el segundo según establezcan los convenios o los organismos de financiamiento. En este último caso, por ejemplo el Banco Interamericano de Desarrollo o la Comunidad Andina de Fomento tienen establecidos los procedimientos que los organismos públicos que serán financiados por éstos deberán adoptar para la compra pública, debiendo ellos atenerse a lo que se requiera por mencionados organismos.

En suma, el Sistema Nacional de Contratación Pública prevé la realización de procedimientos precontractuales y su posterior contratación con proveedores extranjeros, sean estos de derecho público o privado, siempre que los presupuestos que las fundamenten sean con el financiamiento o cooperación de un organismo multilateral de crédito, que la entidad oferente sea de derecho público, o que previamente se haya descartado la posibilidad de producción nacional. Empero, el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece una excepcionalidad a la casuística señalada, la misma que deberá analizarse a profundidad de tal manera que se pueda determinar su alcance y aplicabilidad.

2.2.1 Excepcionalidad en contrataciones internacionales: análisis del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

Se ha determinado previamente la política en contratación pública que tiene el Ecuador relacionada con la priorización en la adquisición de bienes y servicios nacionales, política que tiene rango de constitucional y que por lo tanto debe ser acatada por las entidades y funcionarios públicos de manera obligatoria. La determinación enunciada de que previo a la adquisición de bienes se debe realizar la verificación de producción nacional es el reflejo normativo de lo enunciado; sin embargo, el

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé una excepción.

Las contrataciones de bienes y servicios en el extranjero, con carácter de extraterritorialidad y la falta de alcance de la normativa ecuatoriana en cuanto a contratación pública en el exterior, se ven reflejadas en el artículo 3 del Reglamento previamente citado, el mismo que señala:

Las normas contenidas en la Ley y en el presente Reglamento General se aplicarán dentro del territorio nacional.

No se regirán por dichas normas las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.

Para la adquisición de bienes en el extranjero se requerirá, previamente la verificación de no existencia de producción u oferta nacional, de conformidad con el instructivo que emita el "Servicio Nacional de Contratación Pública" (SERCOP).

Cuando la obra se ejecute en el país, el bien se adquiera dentro del territorio nacional o el servicio se preste en el Ecuador, y siempre que dichas contrataciones no se encuentren dentro de lo previsto en el artículo 3 de la Ley y 2 de este Reglamento General, se aplicará la legislación nacional.

Toda convocatoria para la adquisición de bienes o la prestación de servicios referidos en el inciso segundo de este artículo, a más de las publicaciones en medios internacionales, deberá publicarse en el Portal: www.compraspublicas.gob.ec.

Para optar por la contratación de bienes y servicios en sujeción a lo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, emitirán resolución motivada que justifique el proceso de contratación en el exterior, sin que este pueda constituirse en mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley y en este Reglamento General.

Salvo el caso de proveedor único, en el caso de adquisición de bienes se propenderá a realizar procesos internacionales de selección competitivos para tales adquisiciones, de conformidad con los pliegos que determine el SERCOP, y aplicando los principios de calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad.

Una vez transcrito el texto enunciado, es importante hacer un análisis de su alcance. En primer lugar se debe considerar que este tipo de contrataciones son consideradas como excepcionales, siguiendo la tan mencionada política de priorización

de producción nacional. Una de las condiciones *sine qua non* para la realización de este procedimiento es el hecho de que el bien sea adquirido en el extranjero, siempre que no exista producción a nivel nacional, y en cuanto a servicios, que estos sean prestados en el extranjero.

En este sentido, la aplicación territorial, entendida como la delimitación geográfica en la cual una norma es aplicable y de obligatorio cumplimiento, implica que para la adquisición de bienes y servicios las entidades contratantes no deberán regirse por la normativa de contratación pública, al existir una disposición expresa que limita la aplicabilidad de la normativa ecuatoriana, en los casos descritos previamente.

El artículo materia de análisis señala que previo a la realización del procedimiento respectivo, y para el caso de adquisición de bienes, se deberá cumplir con la verificación de existencia de producción nacional, cuyo proceso se encuentra normado en la “Codificación y Actualización de las Resoluciones Emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública” a través de Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000072 de 31 de agosto de 2016, cuyo Capítulo IV del Título III establece el “Procedimiento de certificación de producción nacional y autorización de importaciones por parte del Estado”, y que fue analizado previamente.

En el caso de servicios, por el contrario, la norma citada no establece la necesidad de realizar la verificación de producción nacional previa; no obstante, el requisito de que el servicio sea prestado en el exterior deberá cumplirse. En base a ello, las entidades contratantes, a pesar de no seguir el procedimiento de verificación mencionado, deberán justificar técnicamente que el servicio requerido no puede prestarse en el territorio nacional. Un ejemplo de lo señalado es la prestación de servicio de limpieza en las embajadas ecuatorianas que se encuentran en otros países. Es evidente en el ejemplo que el servicio no puede prestarse en territorio nacional, y que la embajada deberá contratarlo en base a la normativa del país en donde se encuentra. Otro ejemplo es el mantenimiento correctivo de maquinaria especializada que requiere ser realizado por la empresa fabricante en el país de origen. En este último ejemplo se supone que el bien sea adquirido en el extranjero, por lo que el servicio de mantenimiento deba realizarse de igual forma.

Cabe señalar que la falta de verificación de producción nacional no es aplicable cuando se trata de consultorías, pues para este tipo de servicios se establece un procedimiento similar al mencionado en cuanto a manifestaciones de interés, siendo una excepción al artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues la consultoría y las contrataciones establecidas por el artículo en mención, suponen dos procedimientos diferentes, que en ningún momento podrán confundirse.

El procedimiento a seguir para la compra del bien o la prestación del servicio amparado por el artículo materia de análisis, deberá regirse por las prácticas de mercado del país en donde se adquirirá, pues debido a la naturaleza de este tipo de contrataciones, el Servicio Nacional de Contratación Pública no ha emitido normativa alguna, ya que ello implicaría la limitación de las empresas extranjeras para la participación y sujeción de las mismas a disposiciones que le son ajenas, y que muchas veces podrían causar trabas para las contrataciones requeridas.

Es así que no se han establecido modelos de pliegos para el efecto, pues serán las entidades contratantes las que establezcan los procedimientos, la documentación y requisitos que deba cumplir el proveedor para la consecución de sus fines, siempre que dichos actos se encuentren debidamente motivados, y no constituyan evasión de procedimientos contractuales.

En este sentido, juega un papel primordial la motivación que las máximas autoridades de las entidades contratantes realicen para acogerse a este tipo de procedimientos, pues si bien es cierto que no se establece una normativa interna en relación a la aplicación del mismo, la discrecionalidad con la que éstas actúen no debe exceder los límites permitidos para ello. Sobre lo mencionado, la Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76, número 7 letra l dispone que *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. [...]”*, en concordancia con lo prescrito por el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los Actos de la Administración Pública, emitido por el entonces Presidente de la República a través del Decreto Ejecutivo No. 3179, publicado en el Registro Oficial No. 686 de 18 de octubre de 2002, en su artículo 2 establece:

La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue.

De esta manera, y tomando en consideración que el régimen aplicable depende de las prácticas comerciales, el mercado internacional debe ser dinámico y amigable para el entendimiento de las partes, evitando que el uso de la costumbre comercial caiga en la arbitrariedad de los funcionarios que llevan a cabo estos procedimientos. *“Uso comercial. Así se denominan las reglas generalmente admitidas entre comerciantes para la realización de ciertos actos mercantiles, que han sido impuestas por la costumbre del tráfico mercantil.”*⁵⁰, las mismas que en ningún caso pueden contravenir al ordenamiento jurídico. Por su parte, la costumbre mercantil abarca toda manifestación de la voluntad de una sociedad, la misma que es aceptada y constante en todos los actores de mercado y que se aplica de manera reiterada en las transacciones comerciales realizadas por dichos agentes.

En razón de lo mencionado, y en concordancia con lo establecido en el artículo materia de análisis, el artículo 4 del Código de Comercio ecuatoriano establece que *“Las costumbres mercantiles suplen el silencio de la Ley, cuando los hechos que las constituyen son uniformes, públicos, generalmente ejecutados en la República, o en una determinada localidad, y reiterados por más de diez años.”*

En referencia a los principios y costumbres comerciales internacionales, se encuentran los “Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales”, expedidos por el Instituto Internacional para la Unificación de la Legislación Privada, UNIDROIT por sus siglas en inglés, cuyo objetivo es establecer las reglas aplicables para los contratos mercantiles internacionales, y que podrían aplicarse siempre y cuando exista un acuerdo previo entre las partes.

⁵⁰Ignacio Quevedo Coronado, *Derecho mercantil*, (México: Pearson Educación de México S.A de C.V., 2004), 12.

Por otro lado, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías establece ciertos parámetros como normas uniformes aplicables a los contratos de comercio internacional. Dentro del texto mencionado, en el artículo 4 se determina que *“La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador [...]”*, pudiendo configurarse como una de las bases para regular las contrataciones internacionales en caso de que las partes acuerden someterse a ellas, y siempre que se trate de compra de mercaderías.

De la misma manera, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI, expide la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública de bienes, obras y servicios, aprobada el 15 de junio de 1994, revisada durante el 18vo periodo de sesiones realizado del 12 al 16 de abril de 2010. Este modelo de ley se determina como una guía para aplicación en el derecho interno de los Estados, y en cuanto a Contratación Pública, se establece como una de sus finalidades que:

“[...] la Ley Modelo puede ayudar a remediar los inconvenientes que dimanar del hecho de que un régimen nacional inadecuado de la contratación pública crea obstáculos para el comercio internacional, al depender una parte importante de ese comercio de esa contratación. La diversidad y las incertidumbres de ciertos regímenes jurídicos nacionales de la contratación pública pueden contribuir a que los entes públicos no tengan acceso a los precios competitivos y la calidad que cabe esperar de la contratación de ámbito internacional. Al mismo tiempo, las insuficiencias y disparidades del régimen de la contratación pública de muchos países disuade o inhabilita a sus proveedores o contratistas para vender a entes públicos extranjeros.”

Sobre lo mencionado, el preámbulo del documento *ibídem*, en las letra b) y c) señalan que dentro de la contratación pública se deben promover, entre otros, los objetivos referentes a: *“b) Fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, en particular, cuando proceda, la de proveedores y contratistas sin distinción de nacionalidad, para promover de este modo el comercio internacional; c) Promover la competencia entre proveedores o contratistas para el suministro de los bienes, la realización de las obras o la prestación de los*

servicios que hayan de adjudicarse;”, evidenciando así el incentivo que realiza esta legislación en cuanto al desarrollo del comercio internacional.

Así, la mencionada Ley Modelo establece procedimientos de contratación abiertos tanto a proveedores nacionales como extranjeros, por lo que dispone que las publicaciones de los mismos se hagan no solo en medios nacionales, sino en medios internacionales; por ejemplo, el artículo 24, número 2, determina que *“La convocatoria a licitación o a precalificación deberá también publicarse, en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación pertinente o una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional.”* De la misma manera, se establece que la limitación o barrera sobre la nacionalidad de los participantes deberá ser motivada, pues por principio se debe propender a la apertura de mercados y competencia justa entre nacionales y extranjeros.

Se debe tomar en cuenta que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tiene como objetivo la armonización y unificación del derecho mercantil internacional, por lo que los textos emitidos por ella pueden ser considerados como bases para la realización de contrataciones públicas internacionales, siendo esta normativa aplicable que permite la dinamización de la compra pública en el exterior.

Sobre lo mencionado, y en aras de precautelar la concurrencia y libertad de competencia, el mismo artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que se propenderá a la realización de procedimientos internacionales de selección, en los cuales se escogerá entre varios proveedores que podrán participar con sus ofertas. Así, los mecanismos que permitirán la concurrencia y selección de proveedores deberán, de la misma manera, establecerse en función de los usos y costumbres de mercado y de la normativa originaria del lugar en el que se pretende obtener el bien o servicio.

Además de requerir el cumplimiento del principio de concurrencia, la publicidad y transparencia del procedimiento deberá reflejarse a través de la publicación de los documentos de respaldo del mismo en el Portal Institucional del Servicio Nacional de Contracción Pública, utilizando las herramientas informáticas que permitan a la población en general conocer la manera en la que se ha invertido el recurso público destinado para la adquisición del bien o prestación del servicio obtenido por medio de

este tipo de procedimientos. La publicación del procedimiento también podrá realizarse a través de la página web de la entidad contratante, o a través de los medios electrónicos que permitan su difusión.

Por lo mencionado, se puede establecer que el procedimiento que se ha prescrito en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública debe considerarse como aplicable de forma excepcional, cuando los bienes no puedan adquirirse en el Ecuador una vez que se haya realizado la verificación de producción nacional y no se encuentre importador o fabricante nacional del mismo, o cuando sea justificado de forma motivada y fundamentada la necesidad de la prestación del servicio fuera del territorio nacional. En este punto cabe señalar que, a pesar de ser posible adquirir un determinado bien producido en el extranjero a través de los mecanismos contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la particularidad de la realización de un procedimiento bajo extraterritorialidad es que se haya comprobado previamente la falta de oferentes importadores, o que la entidad contratante busque adquirirlo directamente con el fabricante, por razones técnicas debidamente justificadas.

Esta excepcionalidad mencionada supone que se deberá precautelar que la discrecionalidad de los funcionarios que lo emplean no sobrepase los límites considerados, y se llegue a establecer evasión de los procedimientos precontractuales determinados en la normativa ecuatoriana e incluso pueda atentar a la libertad de competencia y concurrencia de los agentes de mercado nacionales.

CAPÍTULO 3

AFECCIONES AL DERECHO DE COMPETENCIA CON EL USO DE PROCEDIMIENTOS INTERNACIONALES DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

3.1 Condiciones normativas para el uso de los procedimientos extraterritoriales de contratación pública: limitaciones a la competencia.

En referencia a la normativa ya citada en capítulos anteriores, y tomando en consideración la política pública de preferencia a la producción nacional, se podría establecer que el Ecuador mantiene un sistema de mercado cerrado para la compra pública en cuanto a las barreras de entrada que se presentan en la normativa para el ingreso de productos y servicios considerados como extranjeros. Si bien es cierto que se permite a los extranjeros participar en la contratación pública, pues sería irracional que no puedan participar en estos procedimientos, éstos se ven en desventaja en el momento de la calificación de sus ofertas.

Si las políticas públicas y las actuaciones administrativas se ven encaminadas a la priorización de productos y servicios nacionales, es evidente que las empresas y personas extranjeras que buscan abrir sus mercados tendrán dificultades para contratar con las entidades del Estado. Sin embargo, si la política de las entidades se encamina, por lo contrario, a la búsqueda de proveedores extranjeros, sea por falta de producción nacional o por mejoras en tecnología, precio o calidad, o por falta de especialización en la prestación de servicios, la restricción será para los productores nacionales. Muchas de las contrataciones que realiza el Estado Ecuatoriano, y que buscan la satisfacción de necesidades inmediatas para la consecución de objetivos, que conllevan un peso político y social, se encaminan a la adquisición de bienes que no se encuentran en el país o servicios que requieren personal especializado.

Así, existen dos tipos de actuaciones que podrían limitar a la competencia en este tipo de procedimientos: i) la posibilidad de que la discrecionalidad se convierta en arbitrariedad, y se derive en evasión de los procedimientos determinados por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, o a través del direccionamiento de los términos de referencia y especificaciones técnicas a favor de proveedores extranjeros, limitando y restringiendo la participación nacional; y ii) la discriminación

de bienes y servicios considerados extranjeros atendiendo a barreras de entrada y limitaciones en la competencia de este tipo de productos en aplicación de la política de priorización de producción nacional.

Si la característica del mercado es la dinamización, las entidades contratantes propenderán a seguir los procedimientos que les permitan agilidad en la adquisición de los bienes y servicios requeridos por ellas. Sobre la base de lo mencionado, se establece que el mercado nacional queda relegado de las compras públicas, se restringe su competencia con los oferentes extranjeros y se impide el desarrollo de la industria ecuatoriana; consecuentemente, las preferencias de las entidades contratantes para la adquisición de bienes o prestación de servicios en el extranjero suponen una barrera para los proveedores nacionales.

Por otro lado, la realización de convenios de comercio internacionales entre el Ecuador, y por ejemplo China, facilita las contrataciones de las empresas extranjeras y les proporcionan ventajas competitivas frente a los oferentes ecuatorianos, como la reducción de precios y el empleo de tecnología que no se desarrolla a nivel nacional. De esta manera, desde el año 2008, el Ecuador ha suscrito alrededor de 30 Convenios de Cooperación Económica o Memorandos de Entendimiento con países como Perú, Brasil, Bielorus, Francia, Chile, Cuba, Venezuela, Turquía, Irán, entre otros.⁵¹ Por ejemplo, en el Memorando de Entendimiento sobre Cooperación Económica entre el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración de la República del Ecuador y el Departamento de Comercio de la República de India, suscrito el 19 de abril del 2013, en el número 1 enuncia:

Las partes adoptarán todas las medidas apropiadas, de conformidad con sus respectivas leyes y reglamentos, para promover la cooperación económica en sectores prioritarios tales como comercio; inversión; infraestructura; energía; transporte; biotecnología; contratación y servicios de ingeniería [...]

Para este propósito, las Partes, promoverán el desarrollo y la cooperación entre sus respectivos sectores públicos y privados, pequeñas y medianas empresas, asociaciones de productores de ambos países, con el objetivo de eliminar las dificultades existentes y facilitar los intercambios comerciales bilaterales.

⁵¹ Ministerio de Comercio Exterior, <<http://www.comercioexterior.gob.ec/acuerdos-comerciales/>>, ingresado: 25 de marzo de 2016.

Así, podemos evidenciar una serie de documentos de carácter internacional que facilitan el intercambio comercial con los distintos países y sus actores comerciales. De esta manera se rompen las barreras de entrada, esperando que la industria nacional pueda incursionar en el exterior, y se favorece a la empresa privada a través de la inversión extranjera. Sobre lo mencionado, cabe señalar que en los Convenios internacionales y memorandos de entendimiento, el desenvolvimiento de las actividades comerciales no necesariamente implican al ámbito de las compras públicas; sin embargo, la mención de la apertura de mercados a empresas extranjeras se debe tomar en cuenta para entender los lineamiento de mercado del país y sus políticas en cuanto a competencia entre nacionales y extranjeros.

En relación al segundo punto, la Organización Mundial de Comercio –OMC, incentiva la igualdad de oportunidades entre las empresas nacionales y extranjeras en cuanto a la contratación pública, y en base a ello se ha creado el Acuerdo de Contratación Pública, con alrededor de 17 Partes que incluyen 45 miembros de la OMC⁵². *“El objetivo fundamental del ACP es la apertura mutua de los mercados de contratación pública entre sus Partes [...] El texto del Acuerdo establece normas que disponen que se han de garantizar condiciones de competencia abiertas, equitativas y transparentes en la esfera de la contratación pública.”*⁵³

El mencionado documento señala las bases para la contratación pública internacional entre los países suscriptores del mismo, y como uno de sus principios se encuentra el de no discriminación, así:

1. Con respecto a cualquier medida relativa a las contrataciones abarcadas, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, concederá de forma inmediata e incondicional a los bienes y servicios de cualquier otra Parte y a los proveedores de cualquier otra Parte que ofrezcan bienes o servicios de cualquiera de las Partes, un trato no menos favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes, concede a:
 - a. los bienes, servicios y proveedores nacionales; y
 - b. los bienes, servicios y proveedores de cualquier otra Parte.

⁵² Se debe aclarar que el Ecuador no ha suscrito el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC; sin embargo, su texto será analizado en este capítulo con el propósito de determinar la manera en la que se desarrollan las contrataciones públicas internacionales en otros países.

⁵³ Organización Mundial de Comercio, <https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gp_gpa_s.htm>, ingresado: 25 de marzo de 2016.

2. Con respecto a cualquier medida relativa a las contrataciones abarcadas, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes:
 - a. dará a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio en razón del grado de afiliación o propiedad extranjera; ni
 - b. discriminará contra un proveedor establecido en su territorio en razón de que los bienes o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación son bienes o servicios de cualquiera de las otras Partes.

Sobre lo mencionado, y en atención a la priorización de producción nacional, dicha política en compra pública puede considerarse como contraria a lo establecido en el Acuerdo de Contratación Pública de la OMC, pues la competencia es cerrada y se encuentran barreras de entrada para los bienes y servicios considerados extranjeros, configurándose un tipo de afectación al derecho de competencia. Como se ha considerado previamente, la limitación a la competencia en este sentido tiene una justificación en cuanto a la consecución de objetivos de bien común y de desarrollo de la economía nacional.

Sin perjuicio de lo expuesto, las afectaciones a la producción nacional y la preferencia por los contratos de servicios internacionales se hace evidente en las adquisiciones de las entidades estatales; por ejemplo, en el periodo comprendido entre el 2014 – 2015, en el Ministerio de Recursos Naturales No Renovables (hoy Ministerio de Hidrocarburos y Ministerio de Minería) se realizaron tres contratos para la prestación de servicios bajo la modalidad de aplicación territorial contemplada en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuyo valor en conjunto asciende aproximadamente a diez millones de dólares de los Estados Unidos de América. Para la realización de estas contrataciones se seleccionó al proveedor de manera directa, tomando en consideración que los términos de referencia suponían un grado de especialización alto en cuanto a hidrocarburos y minería.

La participación nacional no fue tomada en cuenta como un factor igualitario, y se impusieron barreras de entrada para este tipo de contrataciones, atendiendo a la especialidad de los servicios que se adquirieron con una sola empresa extranjera, servicios que se prestaron fuera del territorio ecuatoriano.

Si analizamos los supuestos previstos por el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dentro de las contrataciones mencionadas como ejemplos, podemos evidenciar que:

- a) *“No se regirán por dichas normas las contrataciones de bienes que se adquieran en el extranjero y cuya importación la realicen las entidades contratantes o los servicios que se provean en otros países, procesos que se someterán a las normas legales del país en que se contraten o a las prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional.”*

Los servicios se realizaron en los Estados Unidos de América por parte de la empresa contratada, es decir que el contratista no entró a Ecuador y tanto los procedimientos como la ejecución contractual se desarrollaron a través de correo electrónico, llamadas y videoconferencias, por lo que el supuesto de extraterritorialidad es aplicable.

- b) *“Para la adquisición de bienes en el extranjero se requerirá, previamente la verificación de no existencia de producción u oferta nacional, de conformidad con el instructivo que emita el ‘Servicio Nacional de Contratación Pública’ (SERCOP).”*

No se requiere existencia de verificación de producción nacional, pues este supuesto es únicamente para importación de bienes y las contrataciones mencionadas se refieren a servicios. En tal manera de ha pronunciado el SERCOP con oficio No. SERCOP-DG-2014-0629-OF de 23 de mayo de 2014, el mismo que señala que *“(...) de prestarse un servicio en el extranjero en su totalidad, el proceso a realizar así como los instrumentos empleados para el efecto, escapan del ámbito de aplicación de los cuerpos normativos referidos”*.

- c) *“Toda convocatoria para la adquisición de bienes o la prestación de servicios referidos en el inciso segundo de este artículo, a más de las publicaciones en medios internacionales, deberá publicarse en el Portal: www.compraspublicas.gob.ec”*

Para el presente caso, no se realizó una publicación en un medio internacional, sino que se realizó una invitación directa al proveedor elegido

por contar con la capacidad tecnológica y experiencia requerida para la prestación de los servicios. En cuanto al portal institucional del SERCOP, no se realizó publicación alguna por considerarse contrataciones confidenciales. En este caso, no se ha cumplido con el supuesto de publicidad.

- d) *“Para optar por la contratación de bienes y servicios en sujeción a lo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad o su delegado, emitirán resolución motivada que justifique el proceso de contratación en el exterior, sin que este pueda constituirse en mecanismo de elusión de los procedimientos previstos en la Ley y en este Reglamento General.”*

Los procedimientos mencionados cuentan con las Resoluciones emitidas por el delegado de la máxima autoridad, las mismas que establecen la necesidad y motivan la contratación. Al ser los procedimientos considerados confidenciales, no se han publicado las mencionadas Resoluciones.

- e) *“Salvo el caso de proveedor único, en el caso de adquisición de bienes se propenderá a realizar procesos internacionales de selección competitivos para tales adquisiciones, de conformidad con los pliegos que determine el SERCOP, y aplicando los principios de calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad.”*

En los casos mencionados, y como se estableció previamente, no se realizó un proceso de selección, a pesar de no tratarse de casos de proveedor único, sino que se determinó que la empresa contratada para la prestación de los servicios cuenta con la especialización, tecnología y experiencia necesarias para la ejecución del contrato, determinación que se realizó a través de los estudios e informes correspondientes por parte de la unidad requirente de la entidad en análisis.

Si bien el procedimiento se llevó a cabo de manera ágil y se obtuvieron resultados que beneficiaron a un sector de la población con los productos obtenidos de dichas contrataciones, hemos analizado que de los supuestos establecidos para estas contrataciones no se llevaron a cabo: la publicidad en medios internacionales, la publicación en el portal institucional del SERCOP, y la preferencia por procedimientos

de selección. De la misma manera, la afectación económica a los oferentes nacionales y la salida de divisas son factores a considerar en la realización de este tipo de procesos.

Por lo mencionado, entidades contratantes son las encargadas de dar cumplimiento a los principios del Sistema Nacional de Contratación Pública, y a la aplicación de la normativa correspondiente, si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no contempla legislación referente a los procedimientos que conllevan aplicación territorial, existen los usos y costumbres de mercado internacional, y el mencionado Acuerdo de Contratación Pública de la OMC, éste último como un referente, que permiten tener lineamientos aplicables a este tipo de contratos.

El trato igualitario entre contratistas nacionales y contratistas extranjeros, debe verse reflejado en las actuaciones de las entidades en el momento de realizar compras públicas, pues de lo contrario se entenderá que se afecta el principio de concurrencia y la libre competencia, poniendo al descubierto barreras de entrada que impiden el dinamismo de la economía nacional. Por un lado, las preferencias a producción nacional afectan la participación de empresas extranjeras, mientras que por otro lado, la contratación directa a oferentes extranjeros, sin que se permita competencia con proveedores nacionales, se considera afectación a los principios antes mencionados.

El equilibrio en la contratación pública puede generar desarrollo de la industria nacional e inversión extranjera, por lo que las máximas autoridades de las entidades contratantes y el SERCOP deberán velar por la consecución de ambos objetivos. A la par, es primordial que las actuaciones de la administración pública en cuanto a las compras públicas tiendan al cambio de la matriz productiva, tal como señala el ya mencionado Objetivo No. 10 del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2017, mismo objetivo que aunque pueda limitar la competencia y concurrencia en determinadas situaciones, tendrá su justificación en la consecución del bienestar común.

3.2 Tipos de afectaciones al derecho de competencia en la realización de procedimientos internacionales de contratación pública

La adquisición de bienes y prestación de servicios cuyos productos serán utilizados en el territorio nacional, ya sea por falta de producción nacional o tecnología,

o porque se requiere un nivel de especialización alto o imposibilidad de prestar el servicio o adquirir el bien en el Ecuador, conlleva la aplicación de los procedimientos denominados extraterritoriales, en los cuales la discrecionalidad juega un papel importante al momento de escoger al proveedor, así como el tipo de procedimiento precontractual a seguir, y que puede tener como consecuencia la evasión de los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la limitación de productores nacionales de ofertar en compras públicas en contraprestación con las ofertas realizadas por proveedores extranjeros.

Sobre lo mencionado, y en relación a las pequeñas y medianas empresas, la participación de las mismas en los procedimientos de contratación pública, a pesar de la normativa sobre la priorización de este sector de la economía, tendrá dificultades cuando se trate de competir con empresas extranjeras, sobre todo si éstas ya se han consolidado dentro de un mercado determinado. En otras palabras:

Las PYME ya producen un 30% de las exportaciones mundiales, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Este porcentaje seguirá aumentando, a medida que el progreso de los transportes y de la tecnología de las telecomunicaciones siga borrando las distancias y que los acuerdos comerciales reduzcan las barreras oficiales que dificultan los negocios a través de las fronteras.

Pero los negocios orientados a la exportación de las economías en desarrollo y en transición pueden resultar perjudicados por obstáculos privados al comercio, en forma de prácticas y estructuras de mercado anticompetitivas. Como demuestra la presente obra, estas empresas orientadas a la exportación pueden enfrentarse a desafíos graves. Es posible que no tengan acceso a infraestructuras eficientes y competitivas de transporte, energía y telecomunicaciones. Los compradores extranjeros pueden ejercer demasiado poder dentro de las cadenas internacionales de distribución. Los carteles de compañías basadas en el extranjero pueden inflar los costos de los insumos.⁵⁴

En consecuencia de lo señalado, la participación entre pequeñas y medianas empresas nacionales y empresas extranjeras, en la mayoría de los casos, no presentará una relación de equilibrio, lo que implica que dentro de ese mercado no se llegue a conseguir una competencia perfecta. Si este sector de la economía puede ser considerado como el eje fundamental de la dinamización de la economía de un país, es menester de

⁵⁴Centro de Comercio Internacional (ITC), *Lucha Contra las Prácticas Anticompetitivas: Guía para los Exportadores de las Economías en Desarrollo*, (Ginebra: ,2012), iii.

las instituciones estatales la creación de ambientes en los cuales ellas puedan competir en condiciones similares a las establecidas para las empresas extranjeras.

Ahora bien, del análisis realizado anteriormente se desprende que existen varios mecanismos que pueden alterar la competencia perfecta. De ahí que las contrataciones internacionales, que se llevan a cabo sin motivación y fundamentación sino como un mecanismo de evasión de procedimientos, acarrean afectaciones directas a la libertad de competencia. Cabe en este momento la determinación las principales afectaciones que se suscitan cuando la realización de los procedimientos amparados en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se hace de manera arbitraria.

En un primer lugar, se establecen *barreras de entrada* como una manera de afectar a la concurrencia a través de la aplicación de procedimientos internacionales de contratación pública. Si las entidades contratantes encargadas de la realización de los procedimientos precontractuales, dentro de los términos de referencia o especificaciones técnicas, establecen de manera arbitraria parámetros que no son aplicables para los proveedores nacionales, y se determinan condiciones que pueden ser cumplidas únicamente por parte de los oferentes extranjeros a sabiendas de que existen símiles nacionales, se estará restringiendo la competencia de los agentes de mercado domésticos.

Las empresas extranjeras que poseen ya algún tiempo en el mercado y que por lo tanto tienen una posición de dominio, pueden emplear esa ventaja competitiva en cuanto a la producción de bienes a través del uso de tecnología avanzada, o la prestación de servicios especializados en los cuales tienen experiencia basta que les permiten cumplir con altas exigencias que puedan surgir de las necesidades de las entidades contratantes.

Los limitantes que pueden tener los oferentes nacionales para entrar en mercados en los cuales las empresas extranjeras ya han incursionado, se refieren más bien a barreras de entrada estratégicas. Si por ejemplo, una empresa extranjera produce un bien que contiene tecnología patentada referente a la protección ambiental en trabajos de exploración y extracción hidrocarburífera, los oferentes nacionales no podrán entrar en ese mercado en específico de manera fácil, y las entidades contratantes buscarán la

adquisición de dicho bien de forma directa sin que medie la oportunidad para tecnología nacional de incursionar en él.

Las barreras de entrada mencionadas no suponen limitaciones normativas. Estas se establecen como situaciones restrictivas atinentes a las características del bien o del servicio que se pretende obtener. Si las entidades contratantes de manera arbitraria han establecido que un oferente extranjero deberá ser contratado de forma directa – recordemos que las adquisiciones amparadas en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no requieren de procedimientos específicos más allá de aquellos referentes a los usos y costumbres de mercado- y manipula los términos de referencia o especificaciones técnicas para que la compra se dirija, se estará incurriendo en una grave falta al derecho de competencia.

Ahora bien, se pueden establecer barreras de entrada estratégicas para los oferentes de bienes y servicios considerados como extranjeros. En este contexto, la tan mencionada política de priorización de producción nacional, que tiene no solo rango constitucional sino también legal y reglamentario, puede constituir una condición que impide la competencia igualitaria y participación de los proveedores de bienes y servicios extranjeros. El empleo del VAE, por ejemplo, como un parámetro que permite el ingreso de oferentes dentro de un determinado procedimiento de contratación pública, puede entenderse como una barrera de entrada y restringir o limitar la competencia en los procedimientos realizados por las entidades contratantes.

De la misma manera, la existencia de *pactos colusorios* atenta a la libertad de competencia para los oferentes del mercado nacional, pues la creación de acuerdos que impida la injerencia de actores económicos nacionales en la compra pública no solo es un atentado a la competencia, sino que puede afectar al desarrollo económico del país. Si dos o más actores de mercado se unen, siendo uno o varios de ellos extranjeros, de tal manera que no participen en las manifestaciones de interés los proveedores de cierto bien en aras de obtener algún tipo de beneficio económico, y se pueda requerir de forma directa a un proveedor extranjero, se está atentando con el principio de competencia.

Los acuerdos previos que puedan realizar las empresas u oferentes extranjeros con sus competidores nacionales pueden afectar económicamente a los recursos

públicos. Si por ejemplo, durante la Subasta Inversa Corporativa de Medicamentos que se ha llevado a cabo a partir de enero de 2016, las farmacéuticas y laboratorios extranjeros realizaran acuerdos con los nacionales para que no pujen en la etapa correspondiente, resultaría como ganadora la empresa extranjera al precio establecido por ella, sin que se exista la posibilidad de mejorarlo. En este sentido, el Estado ecuatoriano no obtendría el ahorro esperado, sino que realizaría la adquisición de los medicamentos a precios altos, además de que no permitiría que la inversión se quede en el país, existiendo salida de recursos que podría haberse implementado en la mejora de la producción nacional.

Asimismo, si se estableciera entre una empresa extranjera y su distribuidor autorizado en el país que este último no puede participar en la manifestación de interés, de tal manera que se induzca a la entidad contratante a adquirir el bien directamente con el fabricante, se están realizando pactos colusorios verticales, distorsionando la competencia y afectando, nuevamente, a la economía nacional.

En cuanto a la prestación de servicios, el direccionamiento o falseo de la competencia es menos probable, sin embargo no imposible. Como se explicó previamente, el servicio de limpieza de una embajada en otro país necesariamente requiere de la contratación a través de la aplicación del artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pero la realización de estudios, por ejemplo, no necesariamente y muy difícilmente no podrá prestarse en territorio nacional. En este sentido, la especialidad de una empresa o persona en referencia a una materia en específico no implica que el servicio deba realizarse en el extranjero. La motivación, y una vez más la discrecionalidad, son primordiales.

Un claro ejemplo de lo mencionado previamente puede ser la realización de estudios de suelo en la Amazonía ecuatoriana para determinar la existencia de posibles yacimientos de minas. Este estudio, si bien requiere de un cierto grado de especialidad, y de tecnología específica, no necesariamente debe ser realizado en el extranjero, pues existen organismos nacionales con la capacidad requerida para cumplir con dicho objetivo. Ahora bien, si la entidad contratante establece términos de referencia que direccionan la contratación con una empresa, digamos en Estados Unidos, a sabiendas

de que la manifestación de interés previa contemplada en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública es específica para bienes, se distorsiona por completo el espíritu de la norma en análisis, y se evaden procedimientos que pueden realizarse al amparo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, con costos que no necesariamente sean los adecuados. La industria nacional es relegada y se impide entonces su participación.

Por otro lado, si el Ministerio de Turismo requiere de la realización de campañas publicitarias a lo largo del planeta para dar a conocer el Ecuador y promocionar el turismo, como fue el caso de la campaña publicitaria denominada “*All you need is Ecuador*”, podría contratar un oferente nacional que las desarrolle y espacios en medios de comunicación extranjeros para difundirla, evidenciando que la prestación de servicios y su contratación en aplicación del artículo en análisis debe darse de manera excepcional. Si en el presente ejemplo, y a pesar de la existencia de procedimientos contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública para cubrir esta necesidad, la entidad contratante opta por un procedimiento internacional, no solo se limitaría la participación de proveedores nacionales falseando a la concurrencia y faltando a la política de priorización de producción nacional, sino que se estaría evadiendo procedimientos amparados en la ley en mención.

Otra de las afectaciones a la competencia y a la producción nacional puede encontrarse en el *dumping*. La aplicación de precios predatorios cuando la compra internacional suponga competencia entre empresas extranjeras, podría considerarse una falta a la competencia leal. El artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que en el caso excepcional de uso del procedimiento amparado en el mencionado artículo, se propenderá a la realización de procedimientos competitivos; por lo que la aplicación de precios predatorios en el mercado internacional en detrimento de los demás competidores internacionales, podría suponer que la entidad contratante se encamine más bien por una compra directa, en aras de precautelar el uso adecuado de los recursos públicos y el ahorro en la compra pública.

La imposición de precios predatorios para los bienes y servicios es sin duda una de las mayores afectaciones al derecho de competencia y una de las principales razones para que las entidades contratantes busquen proveedores extranjeros. El *dumping* supone

una posición consolidada y de dominio en el mercado por parte del productor o proveedor, pudiendo éste darse tanto a nivel doméstico como a nivel internacional, por lo que la afectación a la competencia y esta práctica de competencia desleal podrían atacar en ambas aristas.

Por otro lado, la *competencia desleal por violación de norma* puede constituirse en una práctica que perjudique al Derecho de competencia en este tipo de procedimientos, y en general en cualquier tipo de procedimiento precontractual, tomando como partida las actuaciones anticompetitivas de los proveedores internacionales analizadas previamente, o las limitaciones y barreras de entrada propuestas por los funcionarios de las entidades contratantes que suponen la evasión de normativa, tanto en contratación pública como en Derecho de competencia.

Si las entidades contratantes utilizan los procedimientos de contratación extraterritoriales sin atender a las condiciones establecidas en la normativa aplicable para su uso, estarán incurriendo sin duda en violación de norma expresa, lo que acarrea también la limitación o restricción de competencia. En este caso la sanción sería doble, por un lado la nulidad del contrato en base a lo señalado en el artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, las sanciones establecidas en el artículo 99 *ibídem*, y aquellas determinadas por la Superintendencia de Control y Poder del Mercado establecidas en la legislación correspondiente.

En cuanto a la contratación pública, éstas podrían ser las afectaciones a la libertad de competencia, competencia leal o competencia perfecta más comunes o recurrentes, las mismas que deberán ser consideradas por las entidades contratantes en el momento de la realización de sus procedimientos. Es importante destacar que el empleo inadecuado de los contratos internacionales no solo afecta los principios constitucionales y aquellos establecidos en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino que también tendrá consecuencias a nivel económico.

Los mismos inconvenientes o mecanismos de competencia desleal que pueden ocasionarse entre agentes de mercado nacionales e internacionales, pueden darse cuando se espera que existan procedimientos competitivos internacionales. Los pactos colusorios, el dumping y las barreras de entrada se suscitan también entre competidores internacionales, lo que puede ocasionar que las entidades contratantes nacionales lleguen

a contratar con empresas que no necesariamente reflejan una compra eficiente. Ello puede basarse también en el desconocimiento del mercado internacional y de las opciones que éste ofrece.

En definitiva, la existencia de afectaciones al derecho de libre competencia a través de la contratación pública internacional es evidente, y puede suceder a consecuencia tanto de los oferentes como por parte de las entidades contratantes. En este último caso la discrecionalidad razonable y la motivación son fundamentales, así como aplicación de términos de referencia y especificaciones técnicas que puedan abrirse a la competencia en el mercado local. Por otro lado, en el caso de que sea necesaria la contratación en el extranjero, aunque ella deberá tomarse como excepcional, se deberán establecer mecanismos que permitan que entre las mismas empresas extranjeras se pueda competir.

3.3 Prevención de prácticas anticompetitivas y del uso incorrecto de procedimientos internacionales de contratación pública

A nivel mundial se ha desarrollado una serie de normativa referente a la prevención de las malas prácticas competitivas, la misma que se ha desarrollado conjuntamente con la regulación de la contratación pública. Las leyes *antitrust* a nivel regional se han encaminado en la regulación de los monopolios y abuso de poder de mercado, situaciones de las cuales se derivan los comportamientos anticompetitivos y de competencia desleal de los actores de mercado; y la normativa referente a las compras públicas busca dar fuerza a la prevención de las afectaciones al derecho de competencia dentro de su ámbito de aplicación.

En el Ecuador, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, así como su respectivo Reglamento de aplicación contienen las medidas normativas que le permiten a la Superintendencia de Control de Poder de Mercado la detección de este tipo de prácticas, su sanción y sobre todo su prevención. De la mano, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública a través del Formulario de la Oferta que contiene la Carta de Aceptación y Compromiso inserta la declaración del oferente de que su oferta la presenta sin atentar a los principios de competencia leal, cuyo incumplimiento acarrea la imposición de sanciones, tanto en el ámbito de la contratación

pública a través de la descalificación, declaratoria de adjudicatario fallido o contratista incumplido, así como en materia de competencia.

Las sanciones por distorsión de la competencia, sea en cuanto al mercado público o al privado, se dividen en medidas y sanciones. Las primeras, según establece el artículo 73 de la Ley Orgánica de Regulación de Control del Poder de Mercado, suponen el cese de la práctica anticompetitiva, la suscripción de convenios o acuerdos que restauren el estado competitivo del mercado, la inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos juicios. Las sanciones, por otro lado, serán económicas y proporcionales al tipo de infracciones que son leves, graves y muy graves.

En cuanto a lo mencionado, si bien la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no contempla expresamente un tipo de sanción que el Servicio Nacional de Contratación Pública pueda imponer en cuanto a la distorsión de la libertad de competencia o la realización de prácticas que conlleven la competencia desleal, el órgano rector en materia de competencia, es decir la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, podrá actuar bajo solicitud no solo de funcionarios del SERCOP, sino también a pedido de proveedores que se vean afectados por las actuaciones que afectan al Derecho de competencia en materia de contratación pública. Si bien la sanción no proviene directamente del SERCOP, éste podrá actuar una vez que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado haya emitido la resolución correspondiente.

Un claro ejemplo es aquel que deriva de la Resolución de 07 de octubre de 2016, correspondiente al Expediente No. SCPM-CRPI-2016-025, través de la cual la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, en base a las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, sobre la base del procedimiento correspondiente, resuelve que el operador económico **PLASTICOS RIVAL CIA LTDA** ha afectado a la competencia en los procedimientos de contratación pública signados con los números SIE-MINEDUC-005-15 y SIE-CZ4-005-2015. La mencionada Resolución en su número 8 dispone *“(...) notificar y poner en conocimiento la presente resolución a la Contraloría General del Estado, Ministerio de Educación y Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, a fin de que estas entidades estatales realicen las acciones que correspondan en el ámbito de sus competencias.”*

Sobre la base de lo mencionado previamente, el Servicio Nacional de Contratación Pública ha actuado, y ha iniciado las acciones correspondientes, tomando en consideración que la compañía mencionada incurrió en la infracción tipificada en el literal d) del artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que establece como infracción la siguiente conducta *“Utilizar el portal para fines distintos de los establecidos en la ley o el reglamento.”*, por lo que, de conformidad con los artículos 107 y 108 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dichas infracciones cometidas por la compañía PLASTICOS RIVAL CIA. LTDA., deberán ser sancionadas con la suspensión del Registro Único de Proveedores por un lapso de entre 60 a 180 días, de acuerdo a la gravedad de la infracción y una vez que se haya seguido con el procedimiento correspondiente.

La prevención por parte de los organismos de control y de las entidades contratantes de los tipos de afectaciones y distorsiones de la competencia que pueden surgir a través de los procedimientos de contratación pública, se debe manejar desde la base. Es decir, desde la realización de la necesidad, las cotizaciones y el establecimiento de términos de referencia y especificaciones técnicas, lo que se encuentra estrechamente ligado con el uso adecuado de los procedimientos de contratación pública y al no evadir normativa vigente. Si de alguna manera existe algún tipo de distorsión en las bases de estos procedimientos, es decir en la generación de la documentación precontractual, se estaría cayendo en evasión, lo que implica que la competencia dentro de esa adquisición será menor, sino nula, generando un perjuicio al Estado.

Por otro lado, la discriminación a los bienes y servicios considerados de origen extranjero también conlleva un desequilibrio en cuanto a la competencia en los procedimientos de contratación pública; sin embargo, dicha limitación es normativa, y se encuentra encaminada a precautelar el bienestar común y el desarrollo de la economía nacional, lo que de alguna manera justifica la afectación a la libertad de concurrencia en determinados casos en específico.

En referencia a las contrataciones internacionales en concreto, la determinación del uso adecuado de las mismas es primordial, no solo para observar el mandato constitucional y legal, sino también para que se cumpla con el rol de la compra pública como dinamizadora de la economía nacional. Es indispensable que las adquisiciones de bienes y prestación de servicios en el extranjero no sean realizadas de manera arbitraria o como consecuencia de las malas prácticas en la contratación pública, sino como

procedimientos excepcionales, que permitan que la inversión de recursos públicos salga del país únicamente cuando sea necesario.

Si bien uno de los objetivos primordiales del Estado es el cambio de la matriz productiva, es necesario que las entidades contratantes realicen las acciones correspondientes que se encaminen a su consecución. Como se ha analizado previamente, la salida de recursos públicos para la prestación de servicios en el extranjero se establece como una cifra alta en contraposición con la inversión en servicios nacionales. Si bien en ciertos casos es necesaria la contratación de empresas extranjeras, la transferencia de tecnología y de *know how* debe ser parte obligatoria en los contratos a suscribirse con ellas. De esta manera, se podrá establecer que los proveedores nacionales accedan a la información que les permita desarrollar sus industrias.

En cuanto a la transferencia de tecnología, la Codificación y Actualización de las resoluciones emitidas por el Servicio Nacional de Contratación Pública, emitida a través de la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000073 de 31 de agosto de 2016, reformada por medio de la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2016-0000074 de 30 de septiembre de 2016, establece en el Capítulo III, Sección V los “CRITERIOS PARA EL REQUERIMIENTO DE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA PARA BIENES IMPORTADOS ADQUIRIDOS EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA”, cuyo artículo 91.4 determina los distintos niveles de transferencia de tecnología, de la siguiente manera:

La transferencia de tecnología se realizará de acuerdo a los diferentes niveles de intensidad tecnológica, según el siguiente detalle:

1. TT1: bienes primarios, bienes de baja intensidad tecnológica, y bienes de media-baja intensidad tecnológica;
2. TT2: bienes de baja intensidad tecnológica, y bienes de media-baja intensidad tecnológica;
3. TT3: bienes de media-alta intensidad tecnológica, y bienes de alta intensidad tecnológica; y,
4. TT4: nivel de ensamble o construcción de partes y piezas del paquete tecnológico.

Para cada uno de estos niveles se exigirán requisitos específicos de transferencia de tecnología, conforme a lo detallado en el Anexo No. 20 de esta Codificación “*Requerimientos de Transferencia de Tecnología para bienes importados adquiridos en*

la contratación pública por CPC”.

Asimismo, el artículo 91.5 *ibídem* determina que el Servicio Nacional de Contratación Pública el Consejo Sectorial de Conocimiento de Talento Humano determinarán que organismos podrán ser receptores de la información que se obtenga como resultado de la transferencia de tecnología, pudiendo ser estar entidades contratantes, universidades o institutos de investigación, gremios o industrias de los distintos sectores productivos. Finalmente, el precitado artículo señala que *“Para bienes primarios, bienes de baja intensidad tecnológica, y bienes de media-baja intensidad tecnológica, el Servicio Nacional de Contratación Pública desarrollará un repositorio a través del cual, los contratistas canalizarán la información solicitada para estos niveles de transferencia de tecnología.”*

De esta manera se podrá controlar la forma y el procedimiento que permita una verdadera transferencia de tecnología y conocimientos sobre la misma a los productores nacionales, generando así la posibilidad de creación de productos nacionales con estándares de tecnología que permitan el dinamismo de la economía nacional y el crecimiento de la industria ecuatoriana.

Igualmente, como una buena práctica en la contratación pública, las entidades contratantes podrían verificar la existencia de producción nacional, no solo para bienes como prevé el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sino también para la prestación de servicios, cuando el caso lo amerite. A la par, el SERCOP podría desarrollar una herramienta que permita el control de este tipo de procedimientos; si bien ellos no siguen pasos determinados, puede establecerse la publicación obligatoria a la firma del contrato de todas las actuaciones que se llevaron a cabo durante el mismo, en el cual se establezca la negativa de los proveedores nacionales de ese tipo de servicios de poder realizarlos.

A este tenor, se puede transparentar el procedimiento internacional a través de la solicitud de envío de documentación periódica para control por parte del SERCOP, y el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, cuyo literal i) del artículo 7 menciona que:

Por la transparencia en la gestión administrativa que están obligadas a observar todas las instituciones del Estado que conforman el sector público en los términos del artículo 118 de la Constitución Política de la República y demás entes señalados en el artículo 1 de la presente Ley, difundirán a través de un portal de información o página web, así como de los medios necesarios a disposición del público, implementados en la misma institución, la siguiente información mínima actualizada, que para efectos de esta Ley, se la considera de naturaleza obligatoria: [...]

i) Información completa y detallada sobre los procesos precontractuales, contractuales, de adjudicación y liquidación, de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebrados por la institución con personas naturales o jurídicas, incluidos concesiones, permisos o autorizaciones

En caso de que el Servicio Nacional de Contratación Pública encontrare algún tipo de evasión a la normativa en cuanto a compra pública, podrá imponer las sanciones previstas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, así como alertar a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para que, en el ámbito de sus competencias, realice el procedimiento e imponga las sanciones a las que hubiere lugar en caso de que se encontrare algún tipo de afectación a la libertad de competencia o alguna práctica de competencia desleal.

Otra forma de prevención de la aplicación indebida de procedimientos internacionales de contratación pública podría encontrarse en la base de datos a proporcionar por parte del SERCOP o del Ministerio de Industrias y Productividad, a través de la cual se identifiquen las empresas o personas naturales que prestan servicios de tecnología, o especializados, misma base que podría ser consultada por las entidades contratantes previo a la realización de un procedimiento internacional.

Ahora bien, en el caso en el que sea necesaria la prestación del servicio o la adquisición del bien en el extranjero, se deberá propender a la realización de procedimientos competitivos, los mismos que podrían impedir que los agentes de mercado realicen pactos colusorios o impongan precios predatorios, imponiendo como normas comunes aquellas establecidas, por ejemplo, en el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio. Asimismo, el SERCOP, una vez que se haya informado sobre la realización de este tipo de procedimientos, podrá establecer los mecanismos que permitan a las empresas extranjeras conocer de la realización de este, de tal manera que las entidades contratantes se vean obligadas a propender a la competencia.

Cabe señalar que es menester de las entidades contratantes, del SERCOP y de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado, el control y supervisión del cumplimiento de las condiciones que permitan el desenvolvimiento de mercados competitivos, a través de los cuales se dé prioridad a la producción nacional, siendo los procedimientos internacionales de carácter excepcional y con carácter de competitivos, cumpliendo éstos con las verificaciones correspondientes.

La distorsión de la competencia y las actuaciones que la suscitan pueden prevenirse, siempre que los oferentes y las entidades contratantes creen situaciones en las cuales el acceso a la compra pública sea equitativo, generando la creación y desenvolvimiento de mercados competitivos. De esta manera, el uso de los procedimientos internacionales de contratación pública se realizará de manera adecuada, y el SERCOP cumplirá sus objetivos de dinamizador y desarrollador de la economía nacional y regional, propendiendo a la implementación de recursos nacionales y mejora de los mismos, que posteriormente podrán exportarse a nivel global.

Conclusiones

El Derecho de competencia puede entenderse como la normativa, disposiciones, regulaciones, principios, políticas públicas, entre otros, que forman parte de un sector del ordenamiento jurídico, que busca la dinamización de la economía a través de la participación activa de los agentes económicos en uno o varios mercados determinados, estableciendo normas que permitan un relacionamiento eficiente entre ellos, y cuyo ámbito se establece especialmente sobre tres aristas: i) la competencia desleal; ii) defensa del consumidor; y iii) libre competencia.

El bien jurídico protegido por el Derecho de competencia es sin duda la libertad, y las afectaciones a la misma se ven sancionadas por la normativa mundial, regional y nacional, siendo la primera ley ecuatoriana que busca la protección del derecho de libertad de competencia la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Así, en referencia al régimen sancionatorio, tanto el Servicio Nacional de Contratación Pública como la Superintendencia de Control del Poder de Mercado pueden impartir las sanciones de acuerdo a sus competencias en cuanto a las afectaciones que puedan darse en la contratación pública por distorsiones a la libertad de competencia o realización de actividades de competencia desleal.

Sobre lo mencionado, las principales afectaciones que se establecen como atentatorias a la competencia, son las prácticas concertadas o acuerdos colusorios, el abuso de poder de mercado, el dumping o fijación de precios predatorios, los monopolios u oligopolios, y las barreras de entrada.

En este punto, es innegable la relación existente entre el Derecho de competencia y la contratación pública, tomando en consideración el rol activo que tiene el Estado en la economía nacional. De esta manera se puede evidenciar que las compras públicas cumplen con dos finalidades esencialmente, a saber: i. La satisfacción de las necesidades propias de las instituciones estatales a través de procedimientos determinados y reglados que permiten la transparencia y legalidad de las actuaciones de la administración pública, y ii. La dinamización de la economía nacional se produce a través de la injerencia de las entidades estatales como actores activos e inversores en los mercados de bienes y servicios.

En este sentido, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, bajo los principios de igualdad, trato justo, concurrencia y oportunidad, al igual que la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, buscan la participación activa de la mayor cantidad de agentes de mercado en las operaciones económicas realizadas, a través, por ejemplo, el establecimiento de directrices que impidan falsear la concurrencia, tales como la Carta de Aceptación y Compromiso del Formulario de la Oferta contenida en los modelos de pliegos obligatorios emitidos por el Servicio Nacional de Contratación Pública.

Por otro lado, el Sistema Nacional de Contratación Pública, en base a las disposiciones constitucionales y legales, tiene como política principal la priorización de bienes y servicios nacionales; sin embargo, se contempla la posibilidad de adquirir bienes o servicios considerados extranjeros, así como la realización de procedimientos internacionales de contratación pública. Estos procedimientos se encuentran amparados, no por las normas contempladas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC, su Reglamento- RGLOSNC, y las disposiciones conexas, sino por las costumbres y usos de mercado y la normativa del país en el cual se va a realizar la contratación, cuya finalidad es la agilidad en la compra pública.

Dentro de los procedimientos mencionados, y como una excepcionalidad, se encuentra aquel referente a la aplicación territorial, normado por el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y que tiene como objetivo la adquisición de bienes y prestación de servicios en el extranjero. En este tipo de procedimientos la discrecionalidad, convertida en arbitrariedad, y las actuaciones de los oferentes extranjeros que no son controladas por la normativa nacional, puede ocasionar la distorsión de la competencia y la limitación en la participación de la oferta local, generando grandes afectaciones a la economía nacional. Según datos del Banco Central del Ecuador, la contratación de servicios en el extranjero es mucho mayor a la inversión que se hace sobre servicios nacionales, identificándose competencia imperfecta en este sector.

De esta manera, se establece incuestionablemente la existencia de afectaciones a la competencia en la realización de los procedimientos internacionales de contratación pública, la misma que puede darse tanto en detrimento de los oferentes de bienes y

servicios considerados como extranjeros a través de la aplicación desmedida de las políticas de priorización de producción nacional, como podría afectar a los productores de bienes y servicios nacionales a través de prácticas anticompetitivas realizadas por oferentes extranjeros o por los mismos funcionarios públicos. Si bien es cierto que las afectaciones mencionadas pueden darse en todos los procedimientos de contratación pública, es importante considerar que debido al alejamiento de los procedimientos internacionales del alcance de la normativa nacional, es mucho más fácil evadir la utilización de conductas de competencia leal y libertad de competencia, así como el control sobre las mismas.

Así, a nivel de procedimientos internacionales, se puede transgredir a la libertad de competencia a través del abuso de poder de mercado de los oferentes extranjeros por medio del dumping que desplaza a otros competidores internacionales, o la creación de barreras de entrada por parte de aquellos que poseen una posición consolidada, así como la realización de pactos colusorios entre empresas extranjeras que impidan la competencia entre ellas. También las actuaciones arbitrarias de los funcionarios de las entidades contratantes al direccionar los procedimientos, incluso internacionales, sin que medie selección alguna, pueden llevar a la afectación de la competencia justa.

Por otro lado, las políticas de priorización de producción nacional pueden considerarse como limitantes al derecho de competencia y afectar la competencia y trato igualitario entre proveedores de bienes y servicios considerados como extranjeros y aquellos oferentes de bienes y servicios nacionales. La ponderación de los principios de competencia e igualdad tienen un rol importante en la cuanto a la obligatoriedad de la aplicación de las disposiciones constitucionales y normativas con respecto al cambio de la matriz productiva y desarrollo de la economía ecuatoriana. La limitación a la libertad de competencia en este sentido tiene como finalidad la consecución del bien común, por lo que ésta podría encontrar su justificación en aras de precautelar el bienestar superior.

Se entiende entonces que no existe un trato igualitario entre los oferentes extranjeros y nacionales, en especial en cuanto a tecnología y servicios especializados; sin embargo, tampoco se puede evidenciar procedimientos de selección entre oferentes extranjeros, falseando la competencia incluso entre ellos.

Recomendaciones

Debido a la real afectación al derecho de competencia a través del uso incorrecto de los procedimientos internacionales de contratación pública amparados en el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública demostrada en el presente trabajo, se deben tomar medidas que limiten e impidan la realización de dichas afectaciones por parte de los oferentes extranjeros.

La aplicación de medidas internacionales de protección de la competencia como el Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial de Salud, la búsqueda de capacitación a los oferentes nacionales para la prestación de servicios, la transferencia de tecnología y *know how* en las contrataciones internacionales a favor de proveedores nacionales en los niveles y bajo el procedimiento establecido en la normativa dictada para el efecto, el control de este tipo de procedimientos a través de las herramientas informáticas y puesta en conocimiento del SERCOP, la generación de una base de datos que determine a los proveedores nacionales de bienes y servicios, entre otras medidas, pueden ayudar a mitigar las afectaciones a la contratación pública y consecuentemente a la economía nacional.

Si se insta a las entidades contratantes a que dentro de los procedimientos internacionales que éstas pretendan realizar, se introduzca de manera obligatoria el compromiso de los oferentes extranjeros que transmitir, por ejemplo a través de capacitaciones, el *know how* del objeto contractual, se podría abrir el mercado nacional, de tal manera que permita una real participación y dinamización de la economía local.

De la misma manera, un manual que permita a las entidades contratantes obtener lineamientos de las bases y requisitos indispensables para este tipo de procedimientos, de tal manera que sea obligatoria la competencia entre proveedores extranjeros en los procedimientos internacionales de contratación pública, salvo en los casos de proveedor único debidamente justificado. De esta manera, se podrá también establecer un formulario que contenga declaraciones similares a aquel contenido en los modelos obligatorios de pliegos, en el que se declare por parte del oferente que no ha falseado o distorsionado la competencia leal, documento que podrá constar como anexo y habilitante al contrato internacional realizado por las entidades contratantes y que podría

ser a manera de declaración juramentada o su equivalente en el país de origen del proveedor extranjero.

Otra de las maneras de evitar la realización de las afectaciones mencionadas, es a través de la creación de un documento que contenga respuestas a las preguntas más frecuentes realizadas a través de las consultas remitidas al SERCOP sobre los procedimientos internacionales de contratación pública amparados por el artículo 3 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el mismo que podría generar un mayor grado de conocimiento y por tanto disminuir la afectación a la libertad de competencia por parte de los oferentes, y la arbitrariedad y evasión de procedimientos precontractuales por parte de las entidades contratantes.

Si la contratación pública tiene como objetivo el desarrollo y dinamismo de la economía, debe propender a la concurrencia, y a la concienciación de los funcionarios de las entidades contratantes de la importancia en el cumplimiento de los objetivos de cambio de matriz productiva, de esta manera se dará cumplimiento a la normativa establecida, y se propenderá a la mejora en la prestación de servicios y producción de bienes, permitiendo su exportación y así el progreso económico del país.

Bibliografía

Álvarez, Juan Antonio y Claudio Lizana. *Dumping y competencia desleal internacional*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1995.

Agencia para la promoción de las exportaciones, Pro Córdoba. "Contratación Pública Internacional (CPI)". (2015) Edición Electrónica.

Bel, Germá. "Estado ¿versus? Mercado", *Estudios de Economía Aplicada* v.22. Barcelona: Universidad de Barcelona, 2004.

Bolaños, Rigel. *Contratación Internacional*. México DF: Editorial Porrúa, 2004.

Brokelmann, Helmut. *Prácticas concertadas y conscientemente paralelas*, en Los acuerdos horizontales entre empresas, Fundación Rafael del Pino. Marcial Pons, 2009.

Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. *Derecho antimonopólico y la defensa de la competencia Tomo I*. Buenos Aires: Heliasta, 2005.

Cabello González, José Miguel. *Contratación Internacional. Guía Práctica*. Madrid: ESIC, 2000.

Castro Carlos Guillermo, García Luisa, Martínez Juan. *La contratación estatal: Teoría General. Perspectiva comparada y regulación internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2010.

Centro de Comercio Internacional (ITC). *Lucha Contra las Prácticas Anticompetitivas: Guía para los Exportadores de las Economías en Desarrollo*. Ginebra: ,2012.

Centro de Libre Competencia de Chile, “El Derecho de la Competencia en Chile”, http://www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/chile.pdf. Ingresado: 26 de diciembre de 2015.

Cevallos Vásquez, Víctor. *Libre competencia derecho de consumo y contratos*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2001.

Comisión Europea. "Libro Verde. La Contratación Pública en la Unión Europea: Reflexiones para el futuro. (1996)". http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com-96-583_es.pdf. Ingresado: 05 de agosto de 2015.

Consejo de Estado de Bogotá. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Fallo 12037 de 19 de julio de 2001. Radicación número 11001-03-26-000-1996-3771-01(12037).

Coloma, Germán. *Defensa de la competencia.-Análisis económico comparado*-Buenos Aires – Madrid: Ciudad de Argentina, 2003.

Chueca Sancho, Angel. “Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho Internacional Público”. Ponencia, Cursos de derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1989, 1990, ISBN 84-7585-261-0, 1989.

De la Fuente Martay Alberto Echarri. *Modelos de los contratos internacionales*. 3ra ed. Madrid: Fundación Confemetal, 1999.

Diccionario Jurídico Cabanellas, <https://sites.google.com/site/megalexec/diccionario-juridico/diccionario-juridico-cabanellas/-c>. Ingresado: 08 de junio de 2016.

- Ecuador. Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder de Mercado. *Manual de Buenas Prácticas de la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador*. Quito, 2015
- Escrihuela Morales, Francisco Javier. *La Contratación del Sector Público. Especial referencia a los contratos de suministro y de servicios*. Madrid: La Ley, 2007.
- Fernández Alonso José, y otros, *Economía Internacional. Claves teórico-prácticas sobre la inserción de Latinoamérica en el mundo*.,sin ciudad: Iniciativa Latinoamericana de Libros de Texto Abiertos (LATIn), 2014.
- Flink Blanck, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del DL*. Lima: Fondo Editorial-Universidad Católica de Perú, 2002.
- Galbraith, *Historia de la economía*. Barcelona: Ariel, 1992.
- González, Aldo. “Conceptos y aplicación de la delación compensada en la persecución de los carteles”. *Revista en Foco*, No. 100 (2007).
- Gordillo, Agustín. *Tratado de derecho administrativo: Parte General*. Buenos Aires: Macchi, 1974.
- Herrero Suarez, Carmen. *Los contratos vinculados (tying agreements) en el derecho de la competencia*. Madrid: La Ley, 2006.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. “Principios Unidroit Sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2010”. Madrid: La Ley, 2012.
- Juppet Ewing, María. "El Estado como sujeto pasivo en materia de libre competencia". *Derecho Público Interamericano: Revista del Centro de Justicia Constitucional*, No. 6 (2015).

Krugman Paul, Olney Martha L., Wells Robin. *Fundamentos de economía*. Barcelona: Reverté, 2008.

Krugman, Paul R., y Maurice Obstfeld. *Economía Internacional Teoría y Política*. Madrid: Pearson Educación S.A., 2006.

Kunz, Josef. “El sentido y el alcance de la norma pacta sunt servanda”. *Revista de la Facultad de Derecho*. UNAM, 1947.

Lerga Garralda, Carlos Fernández. *Derecho de la Competencia. Comunidad Europea y España*. Navarra: Editorial Arazandi, 1994.

López Suarez, Daniel. “Inversión y contratación pública en el Ecuador. Ahora le toca al sector privado”. Quito: Corporación Legal Ecuador. <<http://www.corporacionlegal.ec/inversion-y-contratacion-publica-en-el-ecuador-ahora-le-toca-al-sector-privado>>. Ingresado: 11 de febrero de 2016.

Mercant, Juan Manuel. “Conceptos claves para analizar las normas de defensa de la competencia”. Uruguay: Boletín Latinoamericano de Competencia, 2005.

Ministerio de Comercio Exterior, <<http://www.comercioexterior.gob.ec/acuerdos-comerciales/>>, ingresado: 25 de marzo de 2016.

Montealegre Eduardo, Bautista Natalia, Vergara Luis. *La Ponderación en el Derecho*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2014.

Muñoz de Bustillo, Rafael. *Margen, precio y renta de equilibrio*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1986.

- Naciones Unidas. *“Defensa de la competencia en Latinoamérica: aplicación sobre conductas y estrategias”*. Buenos Aires: CEPAL, 2005.
- Naciones Unidas. *“Las exportaciones de servicios de América Latina y su integración en las cadenas globales de valor”*. Documento de proyecto. Santiago de Chile: CEPAL, 2009.
- Naciones Unidas. UNCTAD. *“Ley Tipo de Defensa de la Competencia: Publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con el Derecho y la Política de la Competencia”*. Nueva York y Ginebra, 2007.
- Nino, Carlos Santiago. *Consideraciones sobre dogmática jurídica con referencia a la dogmática penal*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, 1984.
- Nouel, Emilio. *Nuevos temas de derecho internacional. Ensayos sobre los nuevos principios y conceptos que rigen las relaciones internacionales*. Caracas: Editorial CEC, 2006.
- Organización de las Naciones Unidas. Comisión de Comercio y Desarrollo. *“Consultas y conversaciones relativas a los exámenes sobre Derecho y Política de la competencia realizados por otros expertos, examen de la Ley Modelo y Estudios relacionados con las disposiciones del conjunto de principios y normas. Relación entre la política de competencia y la política industrial en la promoción del desarrollo económico”*. Ginebra: Organización de las Naciones Unidas, 2009.
- Organización Mundial de Comercio. *“La OMC y la Contratación Pública”*. (2015). https://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm.

Ortega Giménez, Alfonso. *Guía práctica de contratación internacional* .2da ed. Madrid: ESIC, 2011.

Pérez Gómez, Alberto. *El control de las concentraciones de medios de comunicación: Derecho español y comparado*. (Madrid: Librería- Editorial Dykinson, 2011.

Quevedo Coronado, Ignacio. *Derecho mercantil*. México: Pearson Educación de México S.A de C.V., 2004.

Rocca, Gabriella, Roberto Cavallo y Gian Luigi Albano. "Competition in the execution phase of public procurement". *Public Contract Law Journal*, Vol.41, No. 1. (2011) American Bar Association.
<<http://www.jstor.org/stable/23058599>> Ingresado el 13 de agosto de 2015.

Rodríguez-Arana, Jaime. "Los principios del Derecho global de la contratación pública".
Revista de la Facultad de Derecho, No. 66. Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, 2011. Edición electrónica.

Servicio Nacional de Contratación Pública y Superintendencia de Control de Poder de Mercado, *Manual de Buenas Prácticas en la Contratación Pública para el Desarrollo del Ecuador 2015*.

Signes de Mesa, Juan Ignacio, Fernández Isabel, Fuentes Mónica. *Derecho de la Competencia*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2013.

Subirats Joan, Knoepfel Peter, Larrue Corine y Verone Frédéric. *Análisis y gestión de políticas públicas*. Barcelona: Editorial Ariel, 2008.

Tribunales Colegiados de Circuito de México. 168609. I.4o.A. J/75. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, octubre de 2008, 2225.

Ureba, Alonso. *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*. Madrid: Montecorvo, 1985.

Velilla, Marco. *Derecho de competencia*. Bogotá: El Navegante Editores, 1998.

Viciano Pastor, Javier. *Libre competencia e intervención pública*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995.

Witker, Jorge, y Varela, Angélica. *Derecho de la competencia económica en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas- UNAM, 2010. Ingresado Julio 21, 2015. ProQuestebruary